

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INSINUATION

EN DROIT ROMAIN

DE LA TRANSMISSION

EN MATIÈRE DE DONATIONS

EN DROIT FRANÇAIS

PAR

PAUL LACOSTE



PARIS

F. PICHON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

14, RUE CUJAS ET 7, RUE VICTOR-COUSIN

—
1877

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'INSINUATION

EN DROIT ROMAIN

DE LA TRANSMISSION

EN MATIÈRE DE DONATIONS

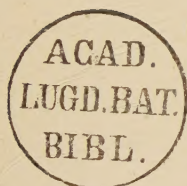
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PAUL LACOSTE

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le
Jeudi 13 décembre 1877 à 2 heures.



PRÉSIDENT : M. DEMANTE,

SUFFRAGANTS :	{	MM. BUFNOIR,	{	PROFESSEURS.
		GIDE,		
		LEVEILLÉ,		
		GARSONNET,		
		LEFEBVRE.		AGRÉGÉS.

PARIS

F. PICHON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

14, RUE CUJAS ET 7, RUE VICTOR-COUSIN

1877

A MON PÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE L'INSINUATION

PRELIMINAIRES.

Chez les premiers Romains, comme chez tous les peuples primitifs, les mutations de propriété étaient accompagnées de formes solennelles destinées à frapper les yeux. Ou bien c'était une vente que l'on simulait en présence de témoins : l'objet que l'on voulait acquérir était là, ainsi que la balance dans laquelle on feignait de peser le prix. Ou bien c'était un procès que l'on engageait devant le magistrat, mais un procès sans contradicteur, qui se terminait de suite à l'avantage du revendiquant. Pour les choses de peu d'importance, on n'exigeait pas la solennité d'une mancipation ou d'une *in jure cessio*, mais au moins fallait-il une tradition, c'est-à-dire un déplacement de la posses-

sion qui rendit visible le déplacement de la propriété.

A mesure que les Romains se civilisèrent, leur droit, sous l'influence du préteur et des jurisconsultes, se dégagea peu à peu des formes matérielles : il devint plus rationnel, plus savant : il se spiritualisa. La mancipation et l'*in jure cessio*, avec leur appareil symbolique, tombèrent en désuétude ; la tradition, mode de translation plus simple, favorisée par le droit prétorien, tendit à les remplacer. Mais elle subit elle-même des modifications profondes qui en étaient la suppression indirecte : ainsi celui qui voulait aliéner déclarait-il qu'il posséderait désormais pour le compte de l'acquéreur, cette simple déclaration tenait lieu de tradition ; en apparence, la tradition était encore nécessaire pour faire passer la propriété d'une tête sur une autre ; mais en réalité on peut dire que dès lors la propriété se transférait par la seule volonté des parties.

Cette transformation était évidemment un progrès. Toutefois la disparition des formes primitives laissa un vide dans la législation romaine : ce symbolisme que l'on trouvait suranné, cette représentation matérielle du déplacement de la propriété qui semblait inutile et gênante, avait l'avantage d'entourer les aliénations d'une certaine publicité. Publicité d'autant plus grande qu'à l'origine le territoire de Rome étant restreint, et les mutations peu fréquentes, l'accomplissement d'un acte juri-

dique avec ses rites sacramentels était une chose grave qui attirait les regards, et frappait la mémoire. La tradition avait un effet analogue : l'aliénateur, en se démettant de la possession pour en investir l'acquéreur, avertissait les tiers que celui-ci était désormais le propriétaire. Ce n'est pas à dire, comme on l'a prétendu, que les formes de la mancipation et de l'*in jure cessio*, ce n'est pas à dire que la nécessité de la tradition, aient été imaginées pour rendre les aliénations publiques; nous ne voyons, quant à nous, dans l'emploi de ces modes, que la satisfaction d'un besoin des peuples jeunes, qui veulent qu'on parle à leurs yeux pour frapper leur esprit. Cela nous semble évident pour la mancipation et l'*in jure cessio*; on en sera également convaincu en ce qui concerne la tradition, si l'on songe que c'est par la possession que se manifeste la propriété. La publicité était une conséquence indirecte des modes employés pour opérer les aliénations : elle n'en était pas le but. Mais, directe ou indirecte, la publicité n'en était pas moins produite par eux, et la décadence dans laquelle ils tombaient eut pour effet de rendre les mutations entièrement secrètes.

Il y avait là une lacune : il fallait la combler. Ce besoin se faisait sentir surtout pour les donations. Trois raisons particulières devaient faire désirer pour elles la publicité. Les libéralités sont faites souvent aux proches parents, aux enfants du donateur : or, dans une même famille, et surtout quand

il s'agit de personnes habitant sous le même toit, il est difficile de distinguer les différents patrimoines : les transformations qu'ils peuvent mutuellement subir ne sont pas sensibles aux tiers : ceux-ci pourraient donc être facilement trompés. Ajoutez que dans un grand nombre de ces libéralités, le donateur se réserve l'usufruit de la chose donnée : de sorte qu'elle reste toujours entre ses mains, et que les tiers, témoins d'une jouissance ininterrompue, n'ont aucune raison de croire qu'il ait cessé d'être propriétaire. La clandestinité des donations offre un second inconvénient. Quand une personne vient à mourir, si un des biens qui composait son patrimoine a été vendu par elle sans que ses héritiers en aient eu connaissance, l'acceptation qu'ils font de l'hérédité, dans cette ignorance, ne leur cause pas forcément un préjudice ; car le bien est remplacé dans le patrimoine par la créance du prix, ou par la somme qui a été payée à leur auteur et qu'ils ont chance de retrouver dans la succession. Mais si le bien, au lieu d'être vendu, a été donné, rien n'est entré en échange dans le patrimoine de l'aliénateur, et les héritiers qui, dans l'ignorance de la libéralité, ont accepté une succession en apparence avantageuse, se trouvent déçus et peut-être gravement lésés. Enfin tout le monde sait qu'une personne, sous l'influence d'une affection profonde ou de la passion, peut se trouver poussée à des libéralités excessives ou peu honorables : eh bien ! la publicité à laquelle le donateur

est obligé de soumettre la donation, le met en garde contre ses propres entraînements.

C'est donc de la publicité des donations que l'on se préoccupa tout d'abord.

Mais par quel moyen assurer cette publicité? Remettrait-on en honneur les anciens modes de translation de la propriété? Mais à cette époque, dans l'immense étendue de l'empire romain, une mancipation, une *in jure cessio*, ne pouvaient procurer qu'une publicité bien restreinte et bien fugitive. Celle qui résultait de la tradition était plus durable: car elle était la conséquence de la possession plutôt que de la tradition elle-même, et la possession a nécessairement un caractère de permanence. Mais, si la publicité était plus durable, elle avait le défaut d'être trompeuse: en effet la possession est-elle toujours un indice certain de la propriété?

Il fallait imaginer un procédé nouveau; il fallait organiser la publicité directement, et pour elle-même. A cet effet, on ouvrit aux habitants de l'Empire des registres où chacun était invité à faire relater ses donations, et que tous les intéressés pouvaient consulter librement: on établit, en un mot, l'insinuation.

C'est l'empereur Constance Chlore qui a le premier prescrit l'insinuation: avant lui, elle était en usage, mais ce n'était pas une formalité obligatoire: elle était entièrement abandonnée à la volonté des parties.

On a beaucoup discuté sur le mobile auquel avait

obéi le législateur en créant ce mode de publicité. Il est certain que les préoccupations fiscales n'ont pas été étrangères à la mesure ; mais ce n'est pas là, croyons-nous, la considération qui a été prédominante. Pour M. de Savigny, l'insinuation procède du même esprit que la loi Cincia et la prohibition des donations entre époux : elle se rattache, selon lui, à cet ensemble de dispositions qui ont eu pour but de restreindre la faculté de donner, dans l'intérêt du donateur lui-même et de ses héritiers : le législateur aurait voulu simplement provoquer la réflexion chez le donateur, modérer ses libéralités excessives, arrêter celles qui seraient désordonnées. Quant à l'intérêt des tiers, on ne s'en serait aucunement préoccupé. Mais il suffit de lire les textes pour se convaincre que l'opinion de M. de Savigny est erronée, et que, si le législateur a voulu empêcher le donateur de se dépouiller légèrement et de dépouiller sa famille, il a voulu aussi, et surtout, prévenir les fraudes dont les tiers auraient pu être les victimes. D'ailleurs cette simple idée que l'insinuation n'était pas en principe une formalité obligatoire, montre bien que le désir de restreindre les libéralités n'en était pas l'objet prédominant.

Maintenant que nous connaissons l'origine et le but de l'insinuation, voyons comment elle s'opère.

L'insinuation consiste dans un protocole judiciaire qui est dressé sur la déclaration des parties faite devant un magistrat compétent, Tout magistrat fut d'abord compétent pour recevoir cette dé-

claration : une constitution de Constantin (L. 27, C. VIII, 54) nous montre qu'on avait la plus grande latitude dans le choix du lieu ; — *Gesta autem confici super rebus alibi collatis ubicunquè sufficit* : on est libre d'accomplir la formalité dans un lieu autre que celui où la chose est située : elle est valable partout. Et, dans le même lieu, une constitution de Zénon (L. 30, C. VIII, 54) nous fait voir que la plus grande latitude existait aussi pour le choix du magistrat. Cette liberté s'explique par cette première raison que, l'insinuation ayant commencé par être une formalité facultative, on n'eut pas à se préoccuper d'abord de la réglementer. L'empereur Léon nous donne un second motif : « Le donateur pouvant ne pas faire la donation, dit-il, doit pouvoir la célébrer en tel lieu et devant tel magistrat qui lui convient. » *Ut ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ità ei liceat donationem suam apud quemcunque ex memoratis voluerit intimare* (L. 30 C. VIII, 54).

Mais on comprend combien une pareille latitude répondait peu au but de l'insinuation, et rendait les recherches difficiles et lentes pour les intéressés, Une première restriction à cette liberté absolue fut apportée par l'empereur Léon : il décida qu'à Constantinople l'insinuation ne pourrait s'opérer que devant le *magister census* (L. 30, C. VIII, 54). Anastase va plus loin : Toute donation faite à Constantinople devra être insinuée dans cette ville, et toujours, bien entendu, devant le *magister census* (L.

32, C. VIII. 54). Dans les provinces, rien n'est changé: on conserve toute liberté pour le lieu et pour le magistrat qui peut être ou le *rector provinciae* ou le *defensor plebis*, ou le *moderator provinciae*, Justinien (*Nov. XV, ch. 3*) attribue compétence unique et exclusive au *defensor plebis*. Il fut conduit à cette réforme par des motifs tout particuliers: il paraît que les magistrats remplissaient d'assez mauvaise grâce leur office; ils montraient de l'humeur quand les parties se présentaient devant eux; ils allaient même jusqu'à refuser l'insinuation. Justinien espère que le *defensor plebis* sera plus accommodant. Le rôle du magistrat se borne d'ailleurs à une attestation d'authenticité: il ne peut pas refuser sa ratification, à moins qu'il ne reconnaisse que l'acte est fait dans un but illégal.

Remarquons que Justinien, en même temps qu'il favorisait la publicité des donations, restreignait la nécessité de l'insinuation dans de sages limites: il en dispensait toutes celles qui n'excèderaient pas 300 (L. 24, pr. C. VIII, 54), puis 500 *solidi* (L. 36, § 3, C., VIII, 54). Un premier pas dans cette voie avait été fait un siècle auparavant; depuis 428, on n'exigeait l'insinuation pour les donations *antè nuptias* qu'autant qu'elles excédaient 200 *solidi*.

On s'est demandé si, à l'époque de Justinien, l'insinuation était la seule formalité exigée pour la perfection des donations. Une constitution de Constantin (*Fragm. vatic. § 249*), de l'an 316, nous parle d'acte écrit et de témoins; mais elle a plutôt

le caractère d'une instruction que d'une loi ; elle indique seulement les moyens de rendre une donation inattaquable, elle n'attache pas la nullité à l'omission de ces moyens : tout ce qu'il en résultera, c'est que le juge devra se montrer moins facile à admettre l'existence de la donation, et contrôler plus sévèrement les faits. D'ailleurs, pour ce qui est de l'écrit, si Justinien, a reproduit dans son Code la disposition de Constantin qui le concernait (L. 25, C. de don. VIII, 54), il a reproduit aussi une Constitution postérieure (428) des empereurs Théodose et Valentinien (L. 29, C., VIII, 54), qui déclare formellement la rédaction d'un écrit chose indifférente. Donc il n'est pas douteux qu'aucun écrit n'est exigé pour la validité d'une donation. Mais la question est controversée pour les témoins. A ne lire que l'édit de Constantin tel qu'il est reproduit par Justinien, il semble évident que les témoins ne sont pas plus nécessaires qu'un acte écrit : car les mots de l'édit qui faisaient allusion à leur présence (*scientibus plurimis*) ne se retrouvent pas dans le Code. Néanmoins on a soutenu que la présence des témoins était une formalité indispensable, et pour le soutenir on s'est appuyé sur la constitution précitée de Théodose et de Valentinien. Après avoir déclaré qu'un écrit n'est pas nécessaire, ces empereurs ajoutent que l'existence de la donation sera suffisamment constatée *adhibitis aliis documentis* : nos adversaires traduisent ainsi ces mots : *pourvu qu'on emploie les autres formalités connues*. Et par là on vise, disent-

ils, la présence des témoins. Mais le mot *documentum* signifie *preuve* et non pas *formalités* : et il désigne toute preuve en général, et non pas spécialement la preuve par témoins : il est difficile d'admettre que *documentum* soit synonyme de témoignage. Voici, selon nous, le sens et la traduction naturelle de cette constitution : « les donations n'ont pas besoin d'être rédigées par écrit ; on peut suppléer à l'absence de l'écrit par d'autres preuves. » On voit qu'il n'y a rien là qui ressemble à la nécessité de témoins. Au reste, même en admettant la première interprétation, il ne s'ensuivrait pas qu'à l'époque de Justinien la présence de témoins fût exigée ; en effet, on ne pourrait voir dans ces mots : « pourvu que l'on emploie les autres formalités, » qu'un renvoi à l'édit de Constantin ; or, nous l'avons fait remarquer, l'édit de Constantin, tel qu'il est reproduit dans le Code, ne parle plus des témoins.

Ces préliminaires posés, nous entrons dans l'étude de l'insinuation ; nous diviserons la matière en trois parties :

1^o Quels actes constituent une donation ?

2^o Quelles donations doivent être insinuées ?

3^o Effet du défaut d'insinuation.

PREMIÈRE PARTIE.

QUELS ACTES CONSTITUENT UNE DONATION.

Dans un sens large, le mot *donatio* désigne toute espèce de libéralités ; mais quand il s'agit de l'insinuation, de même lorsqu'il s'agit de la prohibition entre époux ou de la révocation, pour certaines causes déterminées, par exemple, pour ingratitude, le mot *donatio* prend un sens restreint, et c'est précisément ce sens que nous allons rechercher. C'est à propos de la prohibition entre époux que les jurisconsultes romains se sont demandés quels actes constituaient une donation : cette matière était en effet plus importante que la révocation des donations, et l'insinuation n'existait pas encore ; mais on peut considérer comme certain que les règles données par eux à cet égard doivent être étendues à la révocation et à l'insinuation.

En étudiant les textes, nous voyons que quatre éléments sont nécessaires à l'existence d'une donation : 1^o un acte positif ; 2^o un acte entre-vifs ; 3^o l'enrichissement du donataire et l'appauvrissement du donateur ; 4^o l'intention d'enrichir.

1^o Acte positif.

Une simple omission ne saurait, en principe, constituer une donation proprement dite, et en effet on concevrait difficilement l'insinuation ou la mancipation s'appliquant à une hypothèse de ce genre.

Ainsi une personne usucape un domaine : dans le cours de l'usucapion, le propriétaire apprend que la chose est possédée par un autre ; il néglige de la revendiquer et laisse l'usucapion s'accomplir. Doit-il être considéré comme ayant fait une donation au tiers ? Non : car il n'y a eu de sa part aucun acte positif : le tiers n'est devenu propriétaire que par son inaction. Le propriétaire qui s'est laissé déposer ne pourrait donc pas prétendre que l'usucapion est nulle comme constituant une donation qui n'aurait pas été insinuée.

Toutefois notre règle comporte deux exceptions :
1^o Il ne faut pas que le bénéfice acquis résulte exclusivement de l'omission.

Ainsi j'ai une servitude sur le fonds de Titius, je le sais, et je la laisse s'éteindre par le non-usage : j'ai fait une donation à Titius. En effet, c'est uniquement à mon inaction que Titius doit d'avoir recouvré la liberté de son domaine. Au contraire, dans l'exemple précédent, l'inaction du propriétaire n'a pas été la cause unique de l'enrichisse-

ment du possesseur : la vente ou la donation que lui a faite un étranger qui l'a mis ensuite en possession, voilà l'origine, voilà la première cause de son usucapion ; le vrai propriétaire, en s'abstenant de revendiquer, a laissé agir cette cause : il a contribué à l'usucapion, il n'en est pas le seul auteur.

Mais, revenant à l'hypothèse d'une servitude éteinte par le non-usage, si nous supposons que cette servitude excède 500 *solidi*, comment lui appliquerons-nous les règles de l'insinuation ? Un texte d'Ulpien (L. 5, § 6, XXIV, 1.), relatif à la prohibition des donations entre époux, nous fournit la réponse. On suppose dans ce texte qu'un mari ayant une servitude sur le fonds de sa femme, l'a sciemment laissé éteindre par le non-usage, ou l'inverse ; et Ulpien nous dit : La servitude restera éteinte, mais comme l'un des époux a été enrichi par la libéralité de l'autre, celui-ci aura contre son conjoint une *condictio*, sans doute pour rétablir la servitude ou en obtenir la valeur. *Si donationis causâ vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verùm condici posse*. Il est naturel d'étendre cette solution à l'insinuation : l'extinction de la servitude sera maintenue, mais le propriétaire du fonds autrefois dominant aura une *condictio* contre le maître du fonds servant.

Comment s'expliquer toutefois le maintien de la servitude ? La prohibition des donations entre époux n'avait-elle pas pour sanction la nullité ? Et telle était aussi, nous le verrons, la conséquence

du défaut d'insinuation. On justifie cette décision en disant que la donation dans notre espèce est une donation en argent indirecte : en procurant au donataire l'affranchissement de son fonds, le donateur a voulu le gratifier de la servitude : c'est cette valeur, plutôt que l'affranchissement du fonds qui est le véritable objet de la libéralité.

Nous passons à la seconde exception que nous avons annoncée, et qui est celle-ci :

2^o Pour que l'omission ne constitue pas une donation, il ne faut pas qu'elle cache un acte qui réalise la donation.

Ainsi je sais que Titius usucape mon fonds et Titius sait de son côté que le fonds qu'il usucape est à moi ; et nous laissons la possession et l'usucapion continuer. Il y a ici une donation dans le sens étroit du mot : en effet, Titius est censé m'avoir restitué le fonds et moi je suis censé le lui avoir remis immédiatement à titre de donation. Il y a eu en réalité un acte positif de ma part ; un acte caché, c'est vrai ; mais peu importe, pour l'existence d'une donation que l'acte qui la constitue soit apparent ou qu'il se déguise. En conséquence, si le fonds vaut plus de 500 *solidi*, il y aura nullité pour ce qui excède ce chiffre. A quel titre, en effet, Titius se prétendrait-il propriétaire ? L'usucapion qu'il avait commencée s'est trouvée interrompue par la restitution qu'il est supposé m'avoir faite ; une usucapion nouvelle *pro donato* aurait pu, il est vrai, prendre cours par le fait de la remise fictive que je

suis censé avoir opérée aussitôt entre ses mains ; mais la donation étant nulle pour défaut d'insinuation, cette usucapion nouvelle manquerait de *justa causa* : elle ne peut donc pas s'accomplir.

Nous trouvons la justification du système que nous venons d'exposer dans un texte de Nératius (L. 44, XXIV, 1) relatif encore comme celui d'Ulpien cité plus haut, aux donations entre époux : « Si un mari, dit ce texte, apprenant avant l'accomplissement de l'usucapion, que sa femme possède une chose lui appartenant, néglige de la revendiquer, et si la femme connaît aussi le fait, la possession antérieure sera interrompue et une possession nouvelle commencera, ayant pour cause la donation faite par le mari à la femme (donation qui, naturellement, étant prohibée, ne peut servir de base à une usucapion) : *Si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis.*

Et cette fiction d'une restitution suivie d'une remise immédiate de la chose, n'a rien qui doive nous surprendre. Elle n'est point spéciale aux donations entre époux : nous la retrouvons dans beaucoup d'autres circonstances. Vous possédez une chose qui m'appartient, et je veux vous en rendre propriétaire par une vente ou par donation : comment s'opérera la transmission ? Sans aucun acte extérieur apparent, au moyen d'un constitut posses-

soire et d'une *brevi manu traditio* : vous déclarez que vous possédez à l'avenir pour moi, et moi je déclare aussitôt après que je vous fais tradition de la chose : et vous voilà immédiatement propriétaire : « Si vous possédez ma chose et que je veuille vous en rendre propriétaire, vous le deviendrez sans aucun déplacement de possession : *Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit* (L. 21, § 1. *De acq. rer. dom.*, XVI, 1) La loi 46 *de rei vindic.* est aussi formelle : « la propriété passe instantanément au possesseur. » *Dominium statim ad possessorem pertinet*. C'est ainsi encore qu'Ulpien, parlant du cas où je charge mon débiteur de payer à un tiers l'argent qu'il me doit, dit que l'argent est supposé m'avoir été d'abord rendu par mon débiteur, puis avoir été par moi remis à un tiers (L. 3, §. 12, XXIV, 1).

2° Acte entre-vifs.

Pour qu'il y ait donation, il faut en second lieu, un acte entre-vifs, et par là se trouve exclue toute succession pour cause de mort.

Pas de difficulté pour la succession *ab intestat* : il est évident qu'il n'y a dans cette hypothèse aucune donation du *de cujus* à son héritier : l'héritier tient la succession de la loi et non pas de son auteur. Sans doute le *de cujus* aurait pu l'en dépouiller

par un testament, mais on ne peut pas dire pour cela que l'héritier doit l'hérédité à la volonté du défunt : il n'y a pas eu de la part de ce dernier un acte personnel, un acte positif, auquel on puisse ramener l'origine de la succession.

Au contraire, dans la succession testamentaire, nous trouvons un acte positif, et la manifestation formelle d'une intention libérale vis-à-vis de l'institué. Et cependant il n'y a pas non plus donation. C'est qu'en effet la donation suppose, comme nous le verrons, l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire ; or celui qui institue un héritier ne s'appauvrit pas : l'institué n'aura un droit sur le patrimoine qu'après la mort du testateur, c'est-à-dire à un moment où le patrimoine aura déjà cessé d'appartenir à ce dernier : le donateur ne se dépouille pas : il donne ce qu'il ne pourrait pas retenir. Enrichit-il au moins l'institué ? Il n'en sait rien : car, avant qu'il ne décède, son patrimoine peut se trouver réduit à néant par ses prodigalités ou ses malheurs ; peut-être même laissera-t-il des dettes.

A la différence de l'institution d'héritier, le legs procure, en général, un enrichissement. Je dis : en général, car il y a des legs qui n'enrichissent pas le légataire : celui, par exemple, où l'héritier est tenu de vendre un bien au légataire pour la juste valeur ; ou encore le legs de liberté, qui ne donne aucun droit appréciable en argent. Mais ce sont là des particularités. Ordinairement le legs augmente le

patrimoine du légataire, et c'est un enrichissement que le testateur est, en fait, certain de lui assurer. Néanmoins le legs ne doit pas être rangé parmi les donations : car il n'appauvrit pas le testateur. Aussi les jurisconsultes romains, s'ils qualifient quelquefois le legs de *donatio*, mot qu'il faut prendre alors dans un sens large, n'ont-ils jamais songé à appliquer aux legs les règles de la prohibition entre époux et de la loi *Cincia*. Et nous ne devons pas leur appliquer non plus les règles de l'insinuation.

Ce que nous disons du legs, nous le dirons aussi de la *mortis causâ capio*. Ou bien ce n'est au fond qu'un legs, et alors nous devons naturellement la traiter de même : exemple : le testateur lègue 200 sesterces à Primus en le chargeant d'en donner 50 à Secundus : n'est-ce pas, en réalité, comme s'il léguait 150 sesterces à Primus et 50 à Secundus ? Ou bien la *mortis causâ capio* ne peut pas être assimilée à un legs, mais dans ce cas elle ne ressemble pas davantage à une donation. Exemple : j'affranchis par testament Primus sous la condition qu'il donnera 50 sesterces à Secundus : il n'y a certainement pas un legs de ma part à Secundus, puisque les 50 sesterces ne sortiront pas de mon patrimoine ; mais y a-t-il davantage une donation ?

Quant à la donation à cause de mort, c'est un acte d'une nature mixte, moitié donation, moitié legs, sur le caractère duquel nous n'insistons pas. La question de savoir si les donations à cause de mort

sont soumises à l'insinuation est fort controversée, et nous la réservons pour la discussion orale.

3^o *Enrichissement du donataire et appauvrissement du donateur.*

Je dis : Enrichissement du donataire *et* appauvrissement du donateur, car l'un de ces deux éléments n'entraîne pas forcément l'autre.

Celui qui reçoit peut être enrichi sans que celui qui donne s'appauvrisse. Le legs et la *mortis causa capio* viennent de nous en offrir des exemples. Citons encore la renonciation par une personne à une hérédité ou à legs au profit de celui qui est appelé à son défaut : cette personne ne se dépouille pas : elle renonce à une augmentation possible de richesse : elle ne sacrifie pas un droit acquis. Pour que le droit lui fût acquis, pour que la succession entrât dans son patrimoine, il aurait fallu qu'elle y consentit, et elle a précisément refusé, comme elle était pleinement libre de le faire, l'accroissement de fortune que lui offrait le hasard. Donc, si cette renonciation enrichit le tiers, elle n'appauvrit cependant pas celui qui renonce. Pour le même motif je ne fais pas une donation quand je détermine un testateur à transférer à un tiers l'hérédité ou le legs qu'il me destinait, ou quand je laisse échapper une succession ou un legs conditionnel en m'abstenant d'accomplir la condition, ou quand,

de la même manière, je perds une créance conditionnelle : dans toutes ces hypothèses, je néglige d'acquérir un droit, je n'aliène pas un droit déjà entré dans mon patrimoine : j'enrichis sans m'appauvrir.

A l'inverse on peut s'appauvrir sans enrichir celui que l'on oblige, et alors il n'y a pas non plus donation. C'est ce qui se produit quand on affranchit un esclave par acte entre vifs ; le maître qui affranchit l'esclave sacrifie une propriété véritable ; mais l'esclave n'est pas enrichi, car la liberté n'est pas un droit compris dans le patrimoine. *Libertas inæstimabilis res est* : la liberté est une chose qui ne s'apprécie pas en argent. *Nec pretii computatio pro libertate fieri potest* (Ulpien, II, 11). Autre exemple ; je cautionne, par affection pour le créancier, un débiteur insolvable, ou j'assure le paiement de la dette par la constitution d'un gage ; il n'y a pas là une donation au créancier ; car, si je m'appauvris sûrement, vu l'insolvabilité du débiteur, je ne l'enrichis pas : je n'ai pas augmenté son patrimoine, je n'ai fait que lui garantir la poursuite d'un droit déjà existant (L. 1, § 19, XXXVIII, 5).

Voici maintenant une série d'hypothèses dans lesquelles nous ne trouverons, malgré l'intention libérale, ni enrichissement ni appauvrissement, et d'où l'idée de donation se trouvera, à plus forte raison, exclue :

Le mandat c'est-à-dire l'administration gratuite

des affaires d'un autre ne constitue pas une donatino : l'étendue des biens ne s'en trouve pas modifiée. Mais il faudrait décider autrement s'il s'agissait de travaux mécaniques (*operæ fabriles*) qu'on a l'habitude d'exécuter pour de l'argent : celui qui les exécute gratuitement fait à l'autre une donation égale à la dépense qu'il lui épargne (L. 26, § 12, XII, 6).

Le commodat n'est pas non plus une donation, quoiqu'il y ait un service rendu par le prêteur au commodataire : les deux patrimoines restent les mêmes. Mais nous ferons aussi une réserve : Si la chose dont on se prive pour un temps est de celles dont on tire un revenu, et si l'usage de la chose procure au commodataire un bénéfice appréciable en argent, il y a naturellement donation. Ainsi je prête une maison à Primus : il y a donation ; car le propriétaire d'une maison en tire toujours quelque parti : ou il la loue ou il l'habite lui-même, ce qui lui procure une économie de loyer ; il est rare qu'il la laisse inoccupée. Donc en concédant à Primus l'usage de ma maison, je m'appauvris, et je l'enrichis de son côté, puisque, grâce à mon obligeance, il n'a pas besoin de louer une maison. En un mot les deux conditions de la donation se trouvent réunies. Toutefois il importe de remarquer que je n'enrichis pas forcément le commodataire de tout ce dont je m'appauvris : le loyer habituel de ma maison peut être supérieur à celui que lui permettrait de payer sa position de for-

tune; je ne l'enrichis évidemment que jusqu'à concurrence de la somme qu'il aurait déboursée : il n'y a donation que dans cette limite. — Au lieu d'une maison, s'il s'agit de l'usage d'un bien rural, la donation est encore plus évidente : car l'usage d'un fonds rural consiste surtout dans la perception des fruits dont le commodataire se trouve ainsi enrichi aux dépens du concédant, et il ne diffère guère d'un droit d'usufruit qu'en ce que l'usufruit concède un droit réel. — Tout autre serait la solution pour une somme d'argent prêtée sans intérêt : au premier abord on pourrait croire que la concession de l'usage d'une somme d'argent appauvrit le prêteur et enrichit l'emprunteur des intérêts qui ne sont pas exigés. Mais ce n'est pas ainsi que les jurisconsultes romains l'ont envisagé. Ils ont considéré qu'un propriétaire ne place pas toujours son argent, qu'il aurait pu l'employer à l'achat de choses improductives (meubles, tableaux, statues, etc), que peut-être, au lieu de garder l'argent dans sa caisse, il a trouvé un avantage à le confier sans intérêt à une personne d'une solvabilité certaine, et en conséquence ils n'ont pas vu dans ce prêt gratuit une donation. C'est ce que prouvent de nombreux textes (L. 23, pr. *de Don*, XXXIX, 5; L. 31, § 6, *de Don. int. vir.* XXIV, 1; L. 10, 17, 56, *de Cond. ind.*, XII, 1).

Le dépôt est-il une donation? Pas plus que le commodat ou le mandat et pour le même motif : nous ne voyons pas une valeur passer d'un patri-

moine dans un autre. Cependant il peut également dans certains cas constituer une donation ; ainsi je permets à un ami de déposer des marchandises dans un magasin que j'ai l'habitude de louer ; je sacrifie un revenu, et j'épargne à mon ami une dépense ; il y a donation.

4^o Intention d'enrichir.

C'est là un dernier et indispensable élément de la donation.

Le défaut d'intention peut se présenter sous diverses formes :

Ou bien on ne connaît pas l'enrichissement :

Ainsi une personne usucapè à mon insu un de mes domaines ; je laisse prescrire une créance parce que j'ignore que je suis créancier ; je crois faire un paiement, et j'acquitte une dette qui n'existe pas.

Ou bien on enrichit malgré soi :

Ainsi j'achète une chose bien au-dessus de sa valeur parcequ'elle m'est indispensable ; je la vends beaucoup trop bon marché parceque j'ai besoin d'argent ; pour éviter un procès dont l'issue est douteuse, je renonce par une transaction à une partie de mes droits ; ayant affaire à un débiteur insolvable, je consens une réduction de ma créance, et je sacrifie une partie de ce qui m'est dû pour ne pas tout perdre.

Ou bien on enrichit volontairement, mais l'en-

richissement n'est qu'une conséquence secondaire et non pas le but direct et principal de l'acte que l'on se propose de faire :

Un époux partage gratuitement avec son conjoint l'usage d'une maison ou d'un bien rural : il l'enrichit, et entre étrangers, il y aurait donation, mais entre époux il en est différemment, parce que l'époux n'a pas eu pour but d'enrichir son conjoint : ce partage n'est qu'une conséquence de la vie commune, qui est de l'essence du mariage (L. 18, 28 §. 2, 31 §. 1, *de don. int. vir.*, XXIV, 1).

De même, la dot qu'une femme apporte à son mari n'est pas une donation : cette dot n'est pas destinée à enrichir ce dernier, mais à alléger les charges communes et à procurer un bien-être dont la femme profitera comme le mari.

Un père émancipe son fils, et par là il perd son droit d'usufruit sur le pécule adventice de l'enfant ; il n'y a pas cependant donation de l'usufruit : ce que le père a voulu avant tout c'est affranchir son fils de sa puissance : l'enrichissement qui en résulte pour l'enfant est une simple conséquence et non pas le but, au moins principal, de l'émancipation (L. 6, § 3, C., VI, 61.)

Un institué néglige de retenir la quarte Falcidie : si c'est par amitié pour le légataire, il y a donation ; mais la décision sera toute différente, s'il n'agit ainsi que par respect pour la volonté du testateur, et en principe, cette intention pieuse doit être présumée (L. 5, § 15, XXIV, 1).

Une personne se charge de la nourriture et de l'entretien d'un enfant étranger : elle enrichit son père qui se trouve par là déchargé de l'obligation alimentaire ; mais si elle n'a obéi qu'à un sentiment d'humanité pour l'enfant, il n'y a pas donation (L. 34, L. 27, § 1, III, 5 ; L. 15, 11, 13, C., II, 19).

D'ailleurs, pourvu que l'intention d'enrichir existe, il n'est pas nécessaire que l'acte soit inspiré par un sentiment de bienveillance. Il arrive souvent qu'une donation a un mobile intéressé ; ou bien on espère obtenir plus tard un avantage en échange, ou bien on veut étaler sa richesse, ou bien on veut se donner un renom de générosité. Tous ces calculs diminuent assurément le mérite de l'acte, mais ils n'en modifient pas la nature. On a voulu enrichir le donataire, c'est incontestable ; mais pourquoi a-t-on voulu l'enrichir ? C'est ce dont nous n'avons pas à nous préoccuper.

DEUXIÈME PARTIE.

QUELLES DONATIONS DOIVENT ÊTRE INSINUÉES ?

Nous avons vu quels sont les éléments nécessaires à l'existence d'une donation dans le sens rigoureux du mot ; mais toute libéralité qui réunit ces caractères n'est pas forcément soumise à l'insinuation. Il y a une seconde élimination à opérer ; c'est l'objet de notre deuxième partie.

Pour qu'une donation soit assujettie à la publicité, il faut qu'elle ait une certaine importance ; il n'y a danger ni pour les tiers, ni pour la famille, ni pour le donateur, à laisser secrètes des libéralités minimales, et il y aurait un inconvénient sérieux à leur imposer une formalité coûteuse, et d'autant plus gênante que ces dons se répètent à chaque instant. Justinien a donc dispensé de l'insinuation, comme nous l'avons déjà observé, toute donation qui n'excéderait pas 500 *solidi*, c'est-à-dire environ 6250 fr.

Mais l'application de cette règle présente quelques difficultés.

L'objet de la donation est je suppose, une créance conditionnelle : comment l'évaluer ? Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer ici par analogie les règles

de la Falcidie (L. 45, § 1; L. 73, § 1, *ad leg. Falc.*, XXXV, 2.) On estimera la valeur de la donation d'après le degré de vraisemblance de l'accomplissement de la donation. Si cette estimation semble trop incertaine, on attendra que la condition se réalise ou fasse défaut : et alors, dans le premier cas, on prendra purement et simplement le chiffre de la créance ; dans le second, il n'y aura pas à se préoccuper d'insinuation, puisque la donation n'aurait eu d'objet.

Autre hypothèse : le droit du donateur consiste, je le suppose, non en une propriété véritable, mais en une *bonæ fidei possessio* : comment procéder ? Il nous semble naturel de procéder comme dans l'hypothèse précédente. On considérera combien on pourrait vendre la chose avec une possession aussi incertaine, et les chances d'éviction auxquelles on est exposé ; si cette détermination semble trop délicate, on attendra l'accomplissement de l'usucapion, et alors on évaluera la propriété devenue l'objet de la donation ; l'éviction a-t-elle lieu avant que l'usucapion ne s'accomplisse, la donation sera considérée comme n'ayant jamais existé.

Une créance dont le recouvrement est incertain s'estime d'après la valeur vénale : toujours par analogie de la Falcidie (L. 82; L. 22, § 4, *ad leg. Falc.*, XXXV, 2).

La donation est-elle d'un usufruit, selon quelques auteurs il faut fixer la valeur de l'usufruit à la valeur de la moitié de la propriété. Ces auteurs se

fondent sur divers textes qui nous offrent disent-ils, des exemples de cette estimation. (L. 6, § 1, *de usuf.*, VII, 1. L. 6, § 10, X, 3 ; L. 16, § 1, *fam. ercisc.*, X, 2.) Quant à nous, nous n'avons vu rien de pareil dans ces textes ; ils nous disent simplement qu'à l'un est donné l'usufruit, à l'autre la nue-propriété ; mais quelle est la valeur comparative de l'usufruit et de la nue-propriété ? C'est un point sur lequel ils sont absolument muets ? Admettons cependant que, dans la pensée des jurisconsultes auxquels on a emprunté ces textes, valeur égale soit attribuée à chacun des copartageants, faut-il voir dans cette égalité un principe applicable à toutes les hypothèses ? Évidemment non. On a supposé, pour plus de commodité, des cas dans lesquels l'usufruit et la nue-propriété sont équivalents ; mais on n'a pas voulu dire que l'usufruit eût toujours cette valeur. Comment croire que les jurisconsultes aient fixé la valeur de l'usufruit d'une manière invariable, alors qu'en réalité cette valeur dépend forcément de la durée probable de la vie de l'usufruitier ? Mais il y a plus : nous avons, à propos de la loi Falcidie, un passage d'Ulpien lui-même, l'auteur de deux des textes précités, qui nous indique précisément tout au long la manière de calculer un usufruit d'après l'âge de l'usufruitier (L. 68, pr., *ad leg. Falc.*) Il nous semble que ce passage tranche péremptoirement la controverse, et qu'il doit constituer la règle pour l'insinuation, comme pour la loi Falcidie. — D'ailleurs on peut, si on le préfère, attendre

la mort de l'usufruitier et faire donner caution.

Quand on reçoit en don une chose productive de revenus, les revenus à venir ne doivent pas compter pour le calcul des 500 solides. C'est ce qui est exprimé formellement dans la L. 11, XXXIX, 5, dont Justinien transporte la décision de la loi Cincia à l'insinuation : *Cum de modo donationis quaeritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum donatio ulla facta esse videtur*. Ainsi je donne un immeuble rural qui vaut 400 solides : la donation ne sera pas soumise à l'insinuation quoique la valeur du fonds jointe aux fruits qu'il produira doive finir par excéder 500 solides (L. 9, § 1, *de don.*) Par application du même principe, si nous supposons que le fonds valait plus de 500 solides, et que la donation n'ait pas été insinuée, la nullité qui résultera de ce défaut d'insinuation ne permettra pas cependant la répétition des fruits perçus : ils sont en dehors de la donation : *neque fructuum donatio ulla facta esse videtur*. Et ce que nous disons des fruits d'un immeuble rural, nous le disons aussi des fermages (*neque mercedum*) ; nous le disons encore des loyers d'une maison (*neque pensionum*), et des intérêts d'une somme d'argent.

L'objet de la donation est une rente dont les annuités sont inférieures à 500 solides : y a-t-il lieu à l'insinuation ? Justinien nous apprend que cette question divisait beaucoup les jurisconsultes : fallait-il considérer chacune des annuités comme au

tant de donations particulières qui, n'excédant pas le taux légal, devraient être dispensées d'insinuation ? Ou bien fallait-il considérer les annuités dans leur ensemble, comme une donation unique, excédant 500 solides, et qui par conséquent devait être insinuée. Le désaccord le plus complet régnait sur ce point :

Si quis talem recepit donationem, in quâ stipulatus fuerit annuam quamdam sibi præstari quantilatem tantæ summæ quæ non excedat legitimum modum, variabatur utrùm cum ex particulari donatione ; multas fecisse donationes existimandum sit iset eas actis non indigere, an ex totius stipulatione fundamento, et fonte ejus, ex quo annuæ donationes profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam, et procùl dubio monumentorum observatione vallandam ? quod veteres quidem satis abundè que variarunt. (L. 34, § 4, C., de don., VIII, 54.)

Justinien tranche la controverse en distinguant deux hypothèses (*eod.*) :

La rente doit-elle s'éteindre à la mort de l'une des parties, comme elle peut ne durer que fort peu de temps, peut-être une année, et par conséquent ne pas dépasser les 500 solides, on considérera les annuités comme autant de donations distinctes, et l'insinuation ne sera pas nécessaire.

Mais si la rente doit continuer d'être payée par l'héritier immédiat du donataire, alors les annuités formeront une donation unique, soumise à l'insi-

uation. Il en sera de même à fortiori si, au lieu de l'héritier immédiat, il s'agit des héritiers.

On voit, d'après ce texte, que la difficulté d'estimation ne se présentait que lorsque la durée de la rente était incertaine; si la rente était constituée pour un nombre d'années déterminé, on ne doutait pas qu'il ne fallût additionner les annuités, et procéder à l'insinuation.

Une autre question, voisine de celle que nous venons d'examiner, divisait les jurisconsultes : que décider lorsque j'ai fait, en divers temps, à la même personne plusieurs donations dont chacune n'exède pas 500 solides, mais qui, réunies, dépassent ce chiffre? Les uns disaient : il faut réunir les donations : sinon rien ne serait plus facile que d'éluder la loi en divisant sa libéralité. D'autres voulaient qu'elles fussent conservées distinctes, et par suite, exemptes d'insinuation. C'est à cet avis plus doux que Justinien s'est rangé. (L. 34, § 4, *de don.*, C., VIII, 54).

Nous avons vu que les donations qui n'excédaient pas 500 solides n'avaient pas besoin d'être insinuées. Cette exception est de beaucoup la plus importante, mais elle n'est pas la seule.

Sont encore dispensées d'insinuation :

1^o Les donations *dotis causâ* (L. 31, pr., C. *de jur. dot.* V, 42). Quand il s'agit d'une dot apportée par la femme à son mari, ce n'est pas une exception, car nous savons que cette dot n'est pas une donation véritable. Mais la dérogation au principe est

incontestable pour la dot constituée à la femme par un étranger : cette dot est sans contredit une donation. Pourquoi n'est-elle pas soumise à l'insinuation ? C'est une faveur de Justinien qu'il faut rapprocher des nombreux privilèges accordés par cet empereur aux femmes mariées.

2^e Les donations faites par l'empereur à des particuliers ou par des particuliers à l'empereur (L. 34, pr., C., VIII, 54).

3^e Les donations qui ont pour but la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée. La loi 36, § 2, C., VIII, 54, qui contient l'exception, ne parle, il est vrai, que de donations en argent (*pecunias præbentibus*); mais on aurait tort d'attacher, comme quelques auteurs, un sens restrictif à cette expression : la loi parle de *pecuniæ* parce qu'une donation dans le but de reconstruire une maison consiste habituellement en argent. En outre, en lisant le texte entier, on voit que la loi se préoccupe surtout d'opposer *pecunias præbentibus* à *cautionem conficientibus*, c'est-à-dire la tradition à la simple promesse.

4^e Les donations pour *causa piissima*, c'est-à-dire pour le rachat des captifs. Dans la loi 36, pr., C., VIII, 54, il n'est encore question que de *pecunia*; mais pour le même motif que plus haut, nous croyons qu'il faut entendre : l'argent ou une valeur quelconque. D'ailleurs la L. 34, pr. C., *eod.*, qui a également trait à cette exception, ne distingue pas. — Il faut remarquer que la loi dit : *piissima*;

les donations faites pour [*causa pia* restent soumises au droit commun.

5^o Les donations de choses mobilières faites par un *Magister militum* à ses soldats pour récompenser leur courage. Nous disons ; de choses mobilières ; car les termes de la loi 36, § 1, C., *de don.*, VIII, 54, *donationes rerum mobilium vel sese moventium*, sont évidemment restrictifs.

TROISIÈME PARTIE.

EFFETS DU DÉFAUT D'INSINUATION.

Pour sanctionner l'obligation d'insinuer les donations, le législateur avait à choisir entre deux systèmes : Il pouvait dire, comme dans la loi *Cincia* : si une donation n'est pas insinuée, elle ne sera pas absolument nulle ; seulement le donateur pourra refuser d'exécuter sa promesse, et, dans le cas où l'exécution serait consommée, il pourra reprendre la chose donnée tant qu'il ne s'en sera pas entièrement dessaisi : une fois l'exécution consommée, aucune action ne sera accordée au donateur pour rentrer en possession de la chose. Mais ce système, quand il avait fallu le mettre en pratique pour la loi *Cincia*, avait donné lieu à de nombreuses complications ; il avait de plus le défaut de ne pas établir une sanction assez énergique. Aussi s'est-on tourné vers un second système, celui de la nullité radicale, dont on trouvait un exemple dans la législation relative aux donations entre époux. La nullité n'existait toutefois, depuis Justinien, que pour ce qui excédait les 500 solides : *Si quid suprâ legitimam destinationem fuerit, hoc quod superfluum est, tantum*

modo non valere : reliquam vero quantilatem quæ intrà legis terminos constituta est, in suo robore perdurare (L. 34, pr. C., VIII, 54).

Du principe que la donation était radicalement nulle, il résultait :

D'abord, qu'elle ne pouvait servir de juste cause à une usucapion : l'usucapion ne couvre donc pas le défaut d'insinuation, tandis qu'il pouvait écarter les fâcheuses conséquences de la loi *Cincia*.

En second lieu, que le donateur avait à sa disposition, non-seulement une exception, comme dans la loi *Cincia*, mais une action : le défaut d'insinuation n'était donc pas plus susceptible de se couvrir par l'exécution que par le laps de temps.

On s'est demandé si l'action accordée au donateur était seulement une action personnelle, si, outre la *condictio*, il n'avait pas une *rei vindicatio*. L'action *in rem* nous semble une conséquence naturelle et nécessaire de la nullité absolue de la donation : puisque, pour ce qui excède les 500 solides, la libéralité est réputée non avenue (*pro non scripta*), le donateur n'a pas cessé d'être propriétaire de l'objet : dès lors à quel titre le donataire prétendrait-il se soustraire à une action en revendication ? On a objecté que, lorsqu'une donation était révoquée pour cause d'ingratitude, il n'y avait lieu qu'à une action personnelle ; mais quelle analogie y a-t-il entre les deux situations ? La donation révoquée pour cause d'ingratitude est valable jusqu'à sa révocation, tandis que la donation non insinuée a

toujours été nulle : dès l'origine elle n'a aucune existence. Si l'on veut chercher des analogies, c'est plutôt dans les règles relatives aux donations entre époux qu'il faut les chercher : là aussi nous trouvons une donation radicalement nulle dès son principe, mais aussi nous voyons que l'époux donateur n'a pas seulement une action personnelle : la *rei vindicatio* lui est formellement accordée par la loi 5, § 18, XXIV, 1. Écartant du reste tous les arguments d'analogie, nous pouvons prouver directement que le donateur a une action *in rem* : en effet, Justinien, supposant qu'un objet qui excède 500 solides, a été donné sans insinuation, nous dit qu'il y a entre le donateur et le donataire *communio*, c'est-à-dire *indivision*, *copropriété* par conséquent. Et qu'on voie de quelle manière poursuit Justinien : « Celui qui a la plus forte part dans la chose donnée peut la prendre tout entière en payant l'estimation de la part la plus faible. S'il refuse, on partagera la chose proportionnellement, pourvu que la chose puisse être divisée sans détérioration ; dans le cas contraire, le maître de la part la plus faible aura le droit de revendiquer le tout en désintéressant le maître de la part la plus forte. » Tout ce passage ne montre-t-il pas jusqu'à l'évidence que le droit du donateur sur l'objet donné est, comme celui du donataire, un droit de propriété ?

Donc nous pouvons dire avec certitude que le donateur a contre le donataire deux actions : la *rei vindicatio*, quand la chose existe en nature entre

les mains de ce dernier; la *condictio* quand il n'en détient que la valeur.

Insistons maintenant sur la *condictio*, et voyons dans quel cas le donateur aura lieu de l'exercer.

Deux hypothèses peuvent se présenter : le droit que le donataire avait sur la chose a péri purement et simplement, ou bien il a péri, mais a été remplacé par un autre. Examinons successivement ces deux hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *La chose a péri purement et simplement pour le donataire.*

Cette perte peut avoir lieu de trois manières :

I. Par la volonté du donateur.

Ainsi il n'avait donné la chose au donataire qu'à la condition pour celui-ci de la remettre à un tiers, ou de l'employer pour une destination qui la met hors du commerce : c'est par exemple, un terrain concédé pour l'érection d'un tombeau (L. 5, § 12, XXIV, 1).

Il est évident qu'en pareille occurrence, le donateur n'a aucune réclamation à exercer. Et il en serait ainsi alors même que le donataire n'aurait

pas pris d'engagement formel envers le donateur, et n'aurait perdu la propriété de la chose que pour se conformer à un désir exprimé par ce dernier.

II. *Par cas fortuit.*

Ainsi c'est une maison qui a péri dans un incendie ou dans un tremblement de terre.

Ici encore le donateur n'a aucune *condictio* à exercer; et nous en trouvons le motif dans un texte relatif aux donations entre époux (L. 28, pr. XXIV, 1) : il ne peut rien réclamer parce que la donation étant nulle il était resté propriétaire de la chose, et qu'il est naturel dès lors que la perte demeure à sa charge. *Si id quod donatum sit perierit, ejus qui dedit est detrimentum : merito, quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit.*

III. *Par le fait du donataire.*

En faisant au cas dont nous nous occupons une application rigoureuse des principes, nous serions conduits au résultat suivant :

Le donataire possède sciemment la chose d'autrui, car il sait qu'une donation non insinuée ne transfère pas la propriété. On doit donc le traiter comme un possesseur de mauvaise foi. En conséquence, si la chose périt par son fait, (il l'a, par

exemple, donnée, ou c'est de l'argent qu'il a dissipé), le donateur peut lui en réclamer la valeur par une *condictio sine causa* ou *ex injustâ causâ*; et indépendamment de ces actions, il a, en cas de dol, l'action *ad exhibendum* ou la *rei vindictio*, qui sont accordées, on le sait, à celui *qui dolo fecit quominus possideret*; et il peut avoir, en cas de simple faute, comme d'ailleurs aussi en cas de dol, l'action de la loi *Aquilïa*, si l'on se trouve dans les conditions exigées par cette loi (*culpa in commitendo, damnum corpori corpore*).

Et telles étaient bien les actions accordées par les jurisconsultes romains relativement aux donations entre époux, auxquelles l'analogie nous ramène sans cesse. Toutefois nous devons dire qu'ils n'accordaient, en général, la *condictio* que pour le dol, et non pas pour la *culpa*.

Le sénatusconsulte de l'an 206 vint complètement modifier l'état de la question. C'est ce même sénatusconsulte qui décida que le droit de révoquer une donation faite au conjoint serait personnel à l'époux donateur, et ne passerait pas à ses héritiers, que par conséquent la donation serait inattaquable si l'époux donateur mourait sans l'avoir révoquée. Ce décret du Sénat contenait une seconde disposition relative à la consommation de la chose donnée; nous n'en connaissons pas les termes, mais le sens était qu'une fois la chose consommée, le donateur n'avait plus aucun recours contre le donataire.

Dès lors, les jurisconsultes, se conformant à la législation nouvelle, enseignent que l'époux ne peut exercer d'action contre son conjoint donataire qu'autant qu'il y a enrichissement. C'est ce que nous dit formellement un texte d'Ulpien : *In donationibus autem jure civili impeditis, hactenùs revocatur donum ab eo ab eâve cui donatum est ut, si quidem res exstet, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenùs, quatenùs locupletior quis eorum factus est* (L. 5, § 18, XXIV, 1). C'est ce que montrent encore beaucoup d'autres textes (L. 28, pr; L. 32, § 9; L. 7, pr. *eod*; L. 18, 27, C., V, 16). De l'ensemble de ces textes se dégage très-nettement ce principe que, si une donation véritable exige, comme nous l'avons dit à la section 3 de la deuxième partie, enrichissement du donataire, il faut de plus, entre époux, pour que la donation soit révocable que l'enrichissement subsiste au moment de la *litis contestatio*. Si donc, avant cette époque, la chose donnée a péri ou a été dissipée, le donateur n'a plus aucune action. Peu importe que la *consumptio* soit le résultat d'un dol : dans aucune hypothèse, le donateur ne peut être poursuivi, du moment qu'il n'est pas *locupletior*.

Il est vrai que nous trouvons au Digeste des textes qui portent la trace de l'ancienne rigueur, et nous parlent d'action *ad exhibendum*, de *rei vindicatio*, et d'action *legis Aquiliæ*, données dans le cas où l'époux donataire a consommé la chose. Mais ces textes sont de Pomponius et de Julien,

c'est-à-dire de jurisconsultes antérieurs au sénatusconsulte de 206 : c'est donc par inadvertance qu'on les a insérés au Digeste.

Nous devons à présent nous demander si ces principes nouveaux, introduits par le sénatusconsulte en matière de donation entre époux, doivent être étendus à l'insinuation. Pour nous, nous admettons sans difficulté l'affirmative. Et cela pour deux raisons : d'abord Justinien qui pose longuement les principes des donations au chapitre des donations entre époux, n'en parle nulle part au sujet de l'insinuation : c'est donc que, dans sa pensée, il faut se référer aux règles des donations entre époux. En second lieu, l'innovation du sénatusconsulte, quoiqu'inspirée par un sentiment de bienveillance pour les donations entre époux, trouve sa raison d'être dans une considération plus générale, parfaitement applicable à notre matière. En faisant la théorie de la consommation de la chose, nous avons dit que le donataire devait être traité comme un possesseur de mauvaise foi ; mais à cette rigoureuse déduction des principes, il pouvait faire une objection il : pouvait dire : tant que le donateur ne révoque pas sa donation, je possède avec son consentement ; si donc j'ai détruit ou aliéné la chose, c'est avec le consentement du propriétaire, dès lors il ne faut parler ni de dol ni de faute de ma part : je dois être à l'abri de toute action. Cette objection n'avait pas échappé aux jurisconsultes romains, comme on

peut l'induire d'un passage de Julien (L. 37, XXIV, 1; argument tiré de ces mots : *maximè si post divortium id commiserit*); et peut-être a-t-elle motivé le sénatusconsulte. Quoi qu'il en soit, nous avons là une raison parfaitement juridique de refuser toute action en révocation à celui qui a fait une donation non insinuée, dès lors que le donataire a consommé la chose.

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupé que d'une hypothèse celle où le droit avait péri purement et simplement; nous arrivons à la seconde,

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le droit a péri, mais il a été remplacé par un autre :*

Voici quelques exemples :

Le donataire acquitte une dette avec l'argent donné : Son patrimoine se trouve augmenté du montant de la dette acquittée.

Il prête à un débiteur solvable l'argent donné, cet argent se trouve remplacé par une créance de même valeur.

Il vend la chose donnée : le prix remplace la chose.

Il achète une maison avec l'argent donné ; la maison tient lieu d'argent.

Dans tous les cas de ce genre on voit que le

donataire continue d'être enrichi : aussi le donateur a certainement contre lui la *condictio*.

Mais que décider si la chose achetée avec l'argent donné vient à périr ? Sans aucun doute il n'y a pas *condictio*, puisqu'au moment de la *litis contestatio* le donataire a cessé d'être enrichi. Il en serait de même si la chose achetée avait été revendue et remplacée par une autre qui vient à périr ; cependant quelques jurisconsultes, traitant de donations entre époux, voulaient qu'après la seconde substitution la perte de la chose ne dispensât pas l'époux donataire de la restitution, mais leur opinion avait été rejetée (L. 29, pr. de *Don. int. vir* ; XXIV, 1).

Il faut dire, d'un autre côté, que malgré la perte de la chose achetée, le donataire serait soumis à la *condictio*, si la chose achetée lui était si nécessaire qu'à défaut de l'argent reçu, il aurait dû l'acheter de ses propres deniers, dont il a ainsi fait l'économie. On peut dire, en effet dans cette espèce que le donataire, quoiqu'il ait perdu la chose, est néanmoins *locupletior* (L. 47, 5, 1, de *solut.*, argument d'analogie).

L'application de toutes ces règles suppose nécessairement identité entre la chose donnée et la chose perdue ou échangée. Cette identité se prouvera aisément quand il s'agira d'un corps certain, une maison, un cheval, etc ; mais il faut reconnaître qu'elle sera bien difficile à établir quand il s'agira de choses *in genere*, surtout d'argent ; et cette

difficulté paralysera souvent l'action du donateur.

— Nous n'avons plus qu'une question à nous poser pour terminer la matière de l'insinuation des donations en droit romain : quelles personnes peuvent invoquer le défaut d'insinuation ?

Pour répondre à cette question, rappelons-nous que la publicité des donation a été établie, non-seulement dans l'intérêt du donateur, mais encore dans celui de la famille et des tiers ; en conséquence la nullité résultant du défaut d'insinuation peut être invoquée, non seulement par le donateur, mais encore par ses héritiers, et par toute personne intéressée.

DROIT FRANÇAIS

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE DE DONATIONS.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

Le besoin de publicité, auquel répondait l'établissement de l'insinuation, fit faire des progrès rapides à l'institution nouvelle : créée pour les donations, elle fut étendue aux jugements, puis aux testaments, puis à certaines ventes. Nous voulons parler des ventes d'immeubles ruraux ou urbains des curiales : les curiales étant responsables du recouvrement de l'impôt et leurs immeubles étant la garantie de leur responsabilité, il leur était défendu de les aliéner autrement qu'en cas de nécessité urgente, et avec approbation de la curie :

toute vente faite à l'insu de la curie était nulle; l'acquéreur n'avait pleine sécurité qu'autant qu'elle avait autorisé l'aliénation, et que l'acte était insinué dans les archives municipales.

Là ne s'arrêtèrent pas les progrès de l'insinuation : les magistrats de la curie qui, dans la décadence de l'empire Romain, à mesure que les officiers impériaux se retiraient devant les barbares, avaient dû se charger des insinuations, soumirent peu à peu à cette formalité presque tous les actes : les ventes, non pas seulement les ventes exceptionnelles des biens de curiales, mais toutes les ventes, les mandats, les adoptions, les inventaires des biens de mineurs. Un large système de publicité se trouva ainsi organisé : les registres municipaux renfermèrent, à la disposition de tous, le témoignage de la plupart des opérations juridiques pouvant intéresser les citoyens.

Tandis que l'insinuation faisait ses derniers progrès, le monde romain avait changé d'aspect. Les barbares, occupant l'empire, d'abord en hôtes, puis en conquérants, avaient apporté les mœurs et les usages des peuples primitifs. Comme l'ancien droit romain, le droit germanique vint offrir, ainsi que le remarque fort justement un auteur, « le cortège des solennités sacramentelles et du matérialisme de la forme propre aux civilisations naissantes? Les ventes, les donations, les échanges s'accomplissent avec le concours d'une investiture symbolique... Les formules du temps nous ont conservé

la pantomime du gazon livré à l'acheteur de la terre, celle de la branche d'arbre, du bâton, du couteau, du glaive remis entre ses mains, en présence des Rachimbours ou *boni homines*, témoins du passage de la possession d'une tête sur une autre, et constatant cette substitution effective d'un maître à un autre maître réellement ensaisiné. Le gazon était le symbole de la terre; la branche d'arbre, le signe des produits qui ornent sa superficie; le bâton, le couteau, le glaive, l'indice de la maîtrise et de l'autorité du propriétaire qui a droit de commander et même de détruire. » Ainsi prise de possession de fait avec des formalités diverses accomplies devant les Rachimbours, telle était la condition de la transmission de la propriété chez les Germains, et chez les Francs, leurs descendants. Quant au but de ces formalités, on le comprend facilement : c'était comme chez les vieux Romains, le désir de frapper les yeux, de rendre sensible le passage de la propriété d'une tête sur une autre. Il ne faudrait pas que l'intervention de l'autorité publique fit croire à l'idée d'une publicité destinée à sauvegarder l'intérêt des tiers : l'idée de crédit est une idée savante qui n'apparaît que dans une civilisation avancée : cette intervention était simplement destinée, comme celle du magistrat romain dans l'*in jure cessio*, à sanctionner la volonté des parties et la prise de possession et à donner plus de solennité à l'investiture.

Lorsqu'à l'époque franque succéda le régime

féodal, ce fut devant les seigneurs que s'accomplirent les formalités de l'investiture. Ils se trouvaient en effet les dépositaires de la justice et les représentants de la puissance publique, de plus, en vertu de la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, ils se prétendaient les propriétaires originaires de toutes les terres situées dans leurs seigneuries; ils en concluaient que la propriété ne pouvait se transmettre sans leur consentement, ou au moins sans leur intervention. Il fallait donc que l'aliénateur se dessaisît de la chose entre leurs mains, et que l'acquéreur reçût d'eux ou de leurs officiers une investiture nouvelle. « L'investiture était donnée : pour les fiefs, dans la cour féodale, par le bailli, assisté d'hommes de fief; pour les terres de roture, dans la cour échevinale, par le prévôt ou maieur, assisté de censitaires du seigneur (Merlin, répert.), » L'ancien coutumier d'Artois nous représente : « le juge assis sur un siège doré, et tenant de la main un bâton, dont l'acheteur, à genoux devant lui, tient l'autre bout, tandis que les hommes ou juges, au nombre de quatre, sont debout derrière l'acheteur, et en face du juge. »

Les formalités que nous venons de décrire étaient constatées sur un registre en bonne forme, et, ce qu'il importe de remarquer, le registre devait être communiqué indifféremment à tout le monde (Dumoulin sur Paris). Les tiers profitèrent ainsi d'une publicité qui n'avait certainement pas été imaginée dans leur intérêt. Mais comment s'expli-

quer que l'on se soit préoccupé des tiers? Comment s'expliquer cette idée de crédit dans une société encore si fortement empreinte de barbarie? Nous sommes fort porté à croire que cette idée est due à l'influence de la civilisation romaine : elle fut léguée par la curie au *mallum* dans lequel, selon toute probabilité, la curie s'est fondue, et par le *mallum* à la cour seigneuriale.

Telles étaient, à l'époque féodale, les règles de la transmission des biens ; mais peu à peu la propriété cherche à s'affranchir de la nécessité de l'ensaisinement, considéré comme une formalité vieillie, et une entrave à la libre circulation des biens. A la maxime féodale : « *Nulle terre sans seigneur*, » les coutumiers opposèrent la maxime : « *Nul ne prend saisine qui ne veut*. » Et l'ensaisinement tomba en désuétude dans la plupart des provinces.

Toutefois quelques-unes, la Flandre, l'Artois, la Picardie, le Vermandois, restèrent attachées aux anciennes pratiques, et reçurent pour ce motif le nom de *pays de nantissement*. Il fallait donc dans ces coutumes que l'acquéreur, pour devenir propriétaire, fût nanti, c'est-à-dire ensaisiné par l'autorité compétente. « Au vendeur, nous dit Jean Desmares, demeure toujours la vraie saisine et possession, jusques à tant qu'il soit dessaisi en la main du seigneur foncier : et ne peut s'en dire l'acheteur saisi, jusques à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier. » Nous lisons de même dans la coutume de la châtellenie de Lille ; « une personne ayant donné

ou vendu verbalement ses maisons, fiefs ou héritages, en est et demeure vraie héritière et propriétaire jusques à ce qu'elle en soit déshéritée. »

Quant aux formalités du nantissement, elles variaient suivant les pays, et, suivant les pays, portaient aussi des noms divers. On les appelait *Devoirs de loi*, *Vest et Devest*, *Dessaisine-saisine*, *Déshéritance-adhéritance*.

D'ailleurs si, avant l'ensaisinement, l'acquéreur n'était pas propriétaire de la chose, il avait du moins, en vertu du contrat, une action personnelle contre le vendeur pour se faire investir. « Celui, dit Bouteiller dans sa *Somme rurale*, qui vend sa tenure, mais il en retient encore la saisine par devers lui, ne n'en fait west à l'acheteur, sçachez qu'il est encore sire de la chose; mais toutes fois il peut être contraint à faire le *werp* et *adhéritement* de la chose. »

Mais en même temps que ces coutumes conservent le formalisme de l'ensaisinement, il est curieux de voir combien elles se préoccupent de sauvegarder l'intérêt des tiers. C'est même l'idée qui finit par dominer : l'ensaisinement perdit son caractère féodal, et fut considéré surtout comme un moyen de publicité. Ce qui nous le prouve, c'est qu'il fut étendu aux alleux qui étaient des biens en dehors de la hiérarchie féodale, et il avait lieu alors, non pas devant le seigneur ou ses officiers, mais devant deux francs alloëtiers choisis *ad hoc* parmi les propriétaires d'alleux. Ce qui le prouve encore plus

clairement, c'est qu'un placard de Charles-Quint (10 fév. 1538), et un autre de Philippe II (6 fév. 1586), qui étendirent l'ensaisinement à toutes les Flandres, en donnant pour raison qu'il faut empêcher les fraudes et les stellionats. Enfin un placard de l'archiduc d'Autriche (15 septembre 1675) dit formellement qu'à défaut de nantissement la propriété ne sera pas transférée *au préjudice des personnes tierces.* »

Ce n'était pas seulement dans les pays de nantissement que l'on cherchait à prévenir les aliénations frauduleuses et à assurer la stabilité de la propriété en donnant une large publicité aux transactions. Nous trouvons en Bretagne, établi dans le même but, un système qui a son caractère tout particulier et qui produisait un effet encore plus complet que le nantissement : nous voulons parler de l'*appropriance*. Celui qui avait acheté un immeuble, après s'être préalablement mis en possession, faisait faire par un sergent trois publications ou *bannies*, « tant de son contrat que de la prise de possession, par trois jours de dimanche consécutifs, incontinent après l'issue de la grand'messe, en la congrégation du peuple, à haute et intelligible voix » (article 269, Cout. de Bretagne). Par ces bannies, tous ceux qui prétendaient des droits réels sur cet immeuble étaient avertis d'avoir à se présenter et faire opposition. Puis, au prochain plaid suivant lesdites bannies, l'acquéreur faisait certifier les bannies par le sergent, devant le juge de la situation des biens;

acte lui en était donné, et si, à ce moment, personne n'avait fait opposition, l'acquéreur était approprié, et la propriété purgée de tous les droits réels, absolument comme s'il y avait eu prescription. Ceux qui avaient ainsi perdu leur droit réel pour ne s'être pas présentés en temps utile, n'avaient qu'une action en recours contre le vendeur frauduleux. On voit en quoi l'appropriance différait du nantissement : le nantissement était un élément essentiel de la vente, tandis que l'appropriance était une procédure postérieure à la vente ; en outre, elle avait des effets plus énergiques, puisqu'elle assurait la propriété même à celui qui avait acquis à *non domino* : c'était la purge faisant disparaître non pas seulement, comme aujourd'hui, les privilèges et hypothèques, mais tous les droits réels que les tiers pouvaient avoir sur la chose.

Un système analogue de lectures publiques existait en Normandie, mais avec une portée fort restreinte : c'était seulement pour sauver les acheteurs de l'action des lignagers.

Sans insister davantage sur ces particularités voyons comment se transféra désormais la propriété dans la plupart des pays qui avaient rejeté l'ensaisinement. Cette première réforme ne devait pas être la seule : à cette époque, le droit français accomplit exactement l'évolution que nous avons remarqué dans le droit romain quand il se débarrassa des formalités de la mancipation et de l'*in jure cessio*. Le nantissement supprimé, la tradition

restait encore : elle fut à son tour battue en brèche, comme trop matérielle. Au lieu d'une prise de possession physique et corporelle, on se contenta d'une tradition feinte, même d'une tradition conventionnelle, sous la forme d'une clause de constitut ou d'une clause de dessaisine-saisine. On le voit, c'était, avec quelques noms nouveaux, l'application des principes du droit romain, dont la renaissance avait d'ailleurs préparé cette révolution.

Mais dans cette réaction contre le formalisme du moyen-âge, on ne songea que le *west* et le *dewest* avaient un côté utile : le nantissement avait, comme nous l'avons fait remarquer, l'avantage de rendre les transactions publiques. Et alors il se produisit le même phénomène qu'à Rome : le droit était devenu plus simple, plus rationnel, mais il n'y avait plus de sécurité pour les tiers.

Pour remédier au mal, quelques auteurs exigèrent que les ventes d'immeubles fussent constatées par acte notarié ; mais, les minutes des notaires n'étant pas publiques, c'était un remède parfaitement inefficace. Il ne fut pas adopté. D'autres comme Richard et Dumoulin, sans songer à rétablir les solennités du nantissement, essayèrent au moins de maintenir la tradition dans toute sa rigueur, ils combattirent les traditions feintes et la clause de dessaisine-saisine ; mais leurs efforts furent inutiles : la pratique, fidèle au droit romain, persista dans la voie où elle s'était engagée, et au XVIII^e siècle, Pothier s'en déclarait le partisan.

On pouvait rendre les aliénations publiques sans sacrifier les progrès accomplis. C'est ce que fit pour les donations l'ordonnance de 1539. Il est à remarquer que les donations furent le premier objet des préoccupations du législateur français comme du législateur romain. Quant au système de l'ordonnance, il était fort simple : il consistait à rétablir l'insinuation. Toutefois notons une différence importante avec le droit romain : l'ordonnance de Moulins (art. 58), et celle de 1731 (art. 27), qui complètent sur la matière l'ordonnance de 1539, ne permettent pas au donateur d'opposer le défaut d'insinuation : « ce n'est pas par rapport à lui, nous dit Pothier, que l'insinuation a été ordonnée, et il ne peut y avoir aucun intérêt. » Les tiers et les héritiers, voilà ceux que l'on veut protéger : « Le motif de ces lois est afin que ceux qui contracteraient par la suite avec le donateur, et ceux qui accepteraient sa succession qu'ils croiraient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seraient des donations » (*don. entre-vifs*, section II, article III).

L'insinuation devait se faire au greffe des juridictions royales. Par un édit de 1703, Louis XV établit dans chaque juridiction royale des greffes spéciaux pour les insinuations : dès lors elles ne se firent plus aux greffes ordinaires, mais à ces nouveaux greffes.

Quand il s'agissait d'immeubles, l'insinuation pouvait se trouver exigée à deux greffes différents :

car on devait insinuer au greffe du domicile du donateur et à celui de la situation des biens. Les meubles n'ayant pas de situation, les donations de choses mobilières n'étaient sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile.

L'insinuation consistait « à transcrire dans les registres publics destinés pour cet effet l'acte de donation. Au reste il n'importe par qui se fasse cette insinuation. Tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'aurait pas de mandat pour cela : car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que de rendre la donation publique » (*Don. entre-vifs*, sect. II, art. III, § 3)

L'insinuation devait être faite dans les quatre mois du contrat, « pour le regard des personnes et des biens qui étaient dans le royaume, dans les six mois pour ceux qui étaient hors du royaume. » Si elle avait lieu dans les délais de l'ordonnance, elle avait un effet rétroactif au jour du contrat : d'où ces deux conséquences : 1° les droits que dans l'intervalle le donateur avait pu consentir sur la chose donnée n'étaient pas opposables au donataire : 2° l'insinuation était valable même si elle avait été faite après la mort du donateur : les héritiers seront obligés de supporter les effets de la donation, mais c'était à eux à accepter moins précipitamment la succession. L'insinuation faite après le délai de l'ordonnance n'était pas inutile, mais elle ne prenait rang qu'à dater du jour où elle avait été opérée, de sorte que tous les droits consentis jusque-là par le dona-

teur devaient être respectés par le donataire; en outre elle serait absolument nulle si le donateur était prédécédé: « car les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils ne peuvent plus être dépouillés par une insinuation qui se serait faite depuis, » Il en serait autrement si, au lieu de mourir, le donateur avait simplement perdu la capacité de donner; son incapacité n'empêcherait pas l'insinuation de pouvoir se faire encore. « En cela, remarque Pothier, l'insinuation diffère de l'acceptation, La raison de cette différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la donation, qui ne peut sans cela exister. Or il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation: elle n'est pas requise pour former la donation, mais seulement pour sa publicité. La donation a toute sa force intrinsèque indépendamment de l'insinuation; elle est valable entre le donateur et le donataire. Il est donc indifférent que, lors de l'insinuation, le donateur ait conservé ou non la capacité de donner, il suffit qu'il l'ait eue lors de la donation. » — il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire (ord. de 1731, art. 26).

Toute personne intéressée peut opposer le défaut d'insinuation (art. 27, ord. 1731), excepté le dona-

teur et ceux qui étaient chargés de faire procéder à la formalité,

En principe toute donation était soumise à l'insinuation. On exceptait, dans deux cas, les donations mobilières : 1^o quand il y avait eu tradition réelle. Pothier en donne pour raison que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, et que « leur fréquent commerce à passer successivement dans beaucoup de mains oblige à dispenser de toute formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses, lorsqu'elles ont été suivies d'une tradition réelle » qui procure, pourrions-nous dire, une certaine publicité ; 2^o quand la valeur des donations n'excède pas mille livres : c'était la modicité qui avait fait dispenser ces libéralités de l'insinuation.

N'étaient pas non plus sujettes à l'insinuation les donations faites dans le contrat de mariage à l'un des conjoints par un ascendant (art. 19, ord., 1731) : on considérait que les ascendants, en dotant leurs enfants, faisaient moins une donation qu'ils n'acquittaient une dette naturelle ; d'ailleurs, les mariages étant publics, et chacun sachant que les parents ont l'habitude de doter leurs enfants, ces libéralités ne pouvaient être ignorées. Mais l'insinuation était exigée pour les donations faites par les ascendants ailleurs que par contrat de mariage, ou par un tiers même par contrat de mariage, ou par les conjoints entre eux. Toutefois il ne faut pas comprendre dans les donations entre conjoints les conventions ordinaires des contrats de mariage

quoiqu'elles contiennent un avantage pour l'un des futurs époux : tels sont le douaire, le préciput, et, dans les pays de droit écrit, l'augment de dot (ord. de 1731, art. 21), de même nous dit Pothier, la convention « que les biens de communauté demeureraient en entier au survivant à la charge de payer une somme modique aux héritiers du prédécédé, » doit passer pour une simple convention et une loi du contrat de communauté plutôt que pour une donation ; et en conséquence elle n'est pas sujette à l'insinuation.

Nous pouvons encore citer comme non soumises à cette formalité les donations faites au roi. « La raison en est, dit Pothier, que les lois n'obligent que les sujets, et non le souverain : il ne peut donc être soumis à l'insinuation. » Il en était de même des donations faites par le roi (ord. de 1539).

Que fallait-il décider pour les donations rémunératoires, c'est-à-dire les libéralités faites en récompense de services rendus ? Le donateur acquittant en quelque sorte une dette de reconnaissance, on pouvait se demander s'il y avait là vraiment une donation, si, par conséquent, il y avait lieu d'insinuer. La question fut, en effet, soulevée ; mais la déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de 1539 exigea formellement l'insinuation. Pothier pensait toutefois que, s'il s'agissait de reconnaître des services appréciables en argent d'une valeur égale à la chose donnée, et pour lesquels une action aurait pu être exercée, l'acte n'a de donation

que le nom : c'est en réalité une dation en paiement ou une vente ; par suite, l'insinuation n'est pas nécessaire.

Une difficulté du même genre était soulevée pour la donation onéreuse, c'est-à-dire la dation faite à charge de certains services : était-ce réellement une donation ? L'ordonnance de Moulins ordonna formellement qu'elle fût insinuée. Pothier fait d'ailleurs une réserve analogue à celle que nous avons indiquée pour les donations rémunératoires.

Enfin les donations mutuelles n'étaient-elles pas aussi des contrats intéressés qui avaient plutôt le nom que le caractère d'une donation ? L'ordonnance de Moulins exigea cependant qu'elles fussent insinuées. Ricard pensait, il est vrai, que, malgré l'ordonnance, il fallait excepter les dons mutuels où il y avait égalité parfaite : mais cette doctrine fut condamnée par l'ordonnance de 1731.

Telles étaient les règles de l'insinuation dans l'ancien droit. Mais la publicité fut-elle restreinte aux donations ? Ne s'est-on pas préoccupé des autres transactions.

On pourrait croire le contraire en lisant l'édit de 1581 sur l'euregistrement. Dans cet édit, Henri III déclare, en effet, qu'aucun droit réel ne sera acquis si l'acte d'acquisition n'est enregistré dans les deux mois « par des contrerolleurs nommés à cet effet. » Mais la publicité n'était pas le but de cet édit : le roi ajoute, en effet, que le registre ne sera montré à personne, si ce n'est aux intéressés ou autres en

vertu de jugement. L'enregistrement n'était qu'une mesure fiscale.

Dans le préambule de l'édit de 1673, Colbert nous apprend qu'il avait la pensée « de perfectionner par une disposition universelle, ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. » Mais ce projet ne fut pas exécuté : l'édit de 1673 ne s'occupait que de l'hypothèque, et encore fut-il rapporté l'année suivante devant l'opposition des Parlements ; on tenait beaucoup alors au secret de l'hypothèque.

L'édit de 1771 se contenta de faciliter la purge hypothécaire au moyen des lettres de ratification. Il n'alla pas plus loin : aucune publicité n'existait pour l'hypothèque au moment de sa constitution ; et si l'acquéreur du fonds hypothéqué était désormais en sécurité, le sort du créancier qui voulait se faire constituer une hypothèque restait aussi précaire, car il ignorait toujours si le fonds n'était pas déjà grevé de nombreuses hypothèques qui rendraient la sienne inefficace. Néanmoins Louis XV se crut en droit d'abolir le nantissement pour les hypothèques dans les pays qui conservaient encore cette pratique.

En résumé, publicité complète pour les donations, publicité relative pour les hypothèques, secret absolu pour les autres transactions, excepté dans les pays de nantissement, tel était l'état des choses à la veille de la révolution française.

L'Assemblée constituante supprima les solennités

du nantissement qui rappelaient le régime féodal, mais elle conserva ce que l'institution avait d'utile, et assura la publicité des mutations par la transcription des contrats d'aliénation ou d'hypothèque aux greffes des tribunaux de district. Les greffiers étaient tenus de communiquer les registres, sans frais, à tout requérant.

Mais la loi du 19 septembre 1790 n'était faite que pour les anciens pays de nantissement ; son but était de ménager les habitudes de provinces habituées à de vieilles formalités ; rien n'était changé dans le reste de la France.

La loi du 9 messidor an III voulut établir un système de large publicité applicable à tout le pays. La publicité n'était pas d'ailleurs le but de cette loi, mais seulement un moyen d'arriver à la réalisation d'idées économiques tout-à-fait particulières. L'école des physiocrates considérait, on le sait, la terre comme la source de toutes les richesses. Sous l'influence de cette doctrine, le législateur de l'an III essaya, comme on l'a dit fort justement, de faire de la terre une sorte de capital ayant la mobilité de l'argent, et cursible comme la monnaie ; il imagina l'hypothèque sur soi-même et les cédules hypothécaires, « qui convertissaient la propriété en valeur de portefeuille, et la mettaient en circulation comme un effet de commerce. » Or, pour donner cette mobilité à la propriété, il fallait la débarrasser de l'entrave des droits réels, et la première condition pour lever l'obstacle était de les soumettre à la publicité

la plus étendue. En conséquence on ordonna pour toute la France la transcription des contrats d'aliénation, et l'inscription de toute hypothèques au bureau de la conservation des hypothèque de la situation des biens. Les droits réels qui n'étaient pas ainsi rendus publics étaient réputés inexistantes pour les tiers.

La loi de messidor an III a été sévèrement jugée ; on n'a pas pu d'ailleurs l'apprécier par les résultats pratiques, car elle n'a jamais été appliquée ; la mise en vigueur en avait été retardée par elle-même jusqu'au 1^{er} nivôse an IV, et le terme fut successivement prorogé jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII, qui remplaça celle de messidor.

La loi de brumaire ne reproduisit pas l'institution des cédules hypothécaires, mais elle conserva le principe de la publicité des droits réels. Toutefois elle n'établit pas cette publicité d'une manière absolue : préoccupée surtout de la clandestinité des hypothèques, à laquelle on était si fortement attaché dans l'ancien droit, et désireuse de prévenir les fraudes dont les créanciers étaient trop souvent les victimes, elle n'obligea de révéler que les hypothèques et les droits réels susceptibles d'hypothèques. On lui a en outre reproché d'avoir laissé secrètes les transmissions par décès, les testaments, les partages, d'avoir, en un mot, borné son horizon aux actes entre-vifs et translatifs de droits ; mais nous ne faisons qu'indiquer cette critique sans l'apprécier : la discussion nous mènerait trop loin. Quant

aux procédés dont elle usa pour rendre les transactions publiques, ce furent, comme dans la loi de messidor, la transcription et l'inscription, l'une et l'autre faites au bureau du conservateur de l'arrondissement.

Il faut remarquer que, sous le régime de la loi de brumaire an VII, les donations se trouvèrent soumises à une double formalité : l'insinuation, prescrite par d'anciennes ordonnances, et qui n'avait jamais été abolie ; la transcription, prescrite par la loi de brumaire, dont les dispositions étaient générales et s'appliquaient aux donations aussi bien qu'aux ventes.

Ces deux formalités différaient en plusieurs points fort importants : sans parler du lieu où elles s'accomplissaient, et qui était, pour l'une, le greffe du tribunal, pour l'autre, le bureau du conservateur des hypothèques, nous ferons observer que l'insinuation était prescrite dans l'intérêt des tiers et des héritiers du donateur, et la transcription dans l'intérêt des tiers seulement. Autre différence caractéristique : les donations étaient soumises à l'insinuation, quelque fût l'objet de la libéralité ; au contraire, on n'était obligé de transcrire ni les donations mobilières, ni même les donations de droits immobiliers qui n'étaient pas susceptibles d'hypothèque. Enfin, l'insinuation opérée dans un certain délai avait effet rétroactif au jour du contrat ; la transcription n'avait jamais d'effet rétroactif.

Si nous embrassons maintenant d'un regard

le chemin parcouru par l'idée de publicité dans le droit intermédiaire, nous voyons que la Révolution trouva les mutations de propriété et les constitutions de droits réels, à part celles qui avaient lieu par donation, enveloppées, dans une grande partie de la France, d'une obscurité à peu près complète, et que, dans un but de crédit, elle les soumit à une publicité à peu près absolue.

Il y avait donc lutte entre l'ancien droit et le droit nouveau, et les rédacteurs du Code se trouvèrent en face de partisans également déterminés de l'un et de l'autre. C'est pour les mutations à titre onéreux que la bataille fut surtout ardente, et on sait qu'elle se termina à l'avantage des adversaires de la publicité : l'article du projet qui maintenait la transcription pour les ventes, disparut. Comment ? On ne le sait pas bien. Il n'en est pas moins vrai qu'il disparut, et, après quelques hésitations, on reconnut généralement que la transcription était supprimée pour les contrats à titre onéreux.

La publicité des hypothèques, vivement attaquée à son tour, abandonnée même un instant par les rédacteurs du Code, triompha cependant grâce à Portalis et à Cambacérès, mais non sans subir des restrictions : la loi de brumaire obligeait d'inscrire toutes les hypothèques : quelques-unes, celles du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, furent dispensées d'inscription par le Code.

Quant aux donations, le point de savoir si elles seraient ou non secrètes ne fit l'objet d'aucun débat :

la publicité, pour elles, était de tradition. Seulement elles étaient soumises à deux formalités qui, malgré des différences notables dans la forme et dans les effets, faisaient évidemment double emploi : il fallait opter entre l'insinuation et la transcription : ce fut l'avis qui prévalut dans la discussion au conseil d'État, contrairement au projet de la commission du gouvernement.

Après un débat assez vif, la transcription fut préférée à l'insinuation : aussi le Code civil ne parle que de transcription ; il ne soumet à la publicité que les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire précisément celles qui devaient être transcrites ; il ordonne de remplir la formalité au bureau du conservateur des hypothèques, et non pas au greffe du tribunal ; enfin, il n'indique aucun délai dans lequel on puisse publier la donation avec effet rétroactif.

Tel était le système du Code en matière de publicité, mais ce système, beaucoup moins favorable à la publicité que celui du droit intermédiaire, devait subir de graves modifications.

Les partisans de la transcription ne se tenaient pas pour battus : le Code civil était à peine promulgué que la lutte recommençait. Le Code de procédure leur donna d'ailleurs, dans un intérêt fiscal, une satisfaction partielle ; depuis que le Code civil avait paru, on ne faisait plus transcrire les ventes ; le fisc s'émut, car la transcription donnait lieu à la perception de certains droits ; et il

prétendit, en conséquence que, l'art. 26 de la loi de brumaire n'ayant jamais été abrogé, la transcription était toujours nécessaire. Un avis du conseil d'État du 11 fructidor an XIII se prononça contre le fisc. Le législateur intervint, et l'art. 834 du Code de procédure pour sauvegarder les droits du fisc, donna une certaine utilité à la transcription : d'après cet article, tant que la transcription ne serait pas faite, les privilèges et hypothèques que les tiers auraient acquis du chef du vendeur avant l'aliénation, pouvaient être inscrits : le vendeur avait donc intérêt à transcrire pour prévenir ces inscriptions.

Mais, nous l'avons dit, ce ne pouvait être pour les partisans de la publicité qu'une satisfaction insuffisante : il fallait que ceux qui avaient acquis des droits sur l'immeuble après l'aliénation fussent protégés comme ceux dont le titre était antérieur ; il fallait, en un mot, que la vente fût réputée non avenue à l'égard des tiers tant qu'elle resterait secrète. Ces réclamations finirent par être écoutées : après une enquête ouverte en 1841 à l'instigation de M. Martin du Nord, alors garde des sceaux un projet de réforme fut discuté en 1850 ; et tout le monde s'accorda à reconnaître que la publicité était la première base du crédit. La transcription fut rétablie par la loi du 23 mars 1855. Cette loi, qui a également apporté de notables changements dans le régime de la publicité hypothécaire, a eu aussi son influence sur les donations.

Nous rechercherons cette influence. Mais nous allons d'abord étudier la transcription des donations telle que nous la trouvons établie par le Code civil.

L'ordre de notre étude nous est indiqué par le Code lui-même : nous nous demanderons :

1^o Quelles donations doivent être transcrites ?

2^o Que faut-il transcrire ? Ou doit être faite la transcription, et par qui ?

3^o Quels sont les effets du défaut de transcription ?

PREMIÈRE PARTIE.

QUELLES DONATIONS DOIVENT ÊTRE TRANSCRITES?

L'art. 939 ordonne de transcrire les donations de biens susceptibles d'hypothèque.

Ainsi les donations mobilières ne sont pas soumises à la publicité, et c'est un des reproches que les partisans de l'insinuation ne manquèrent pas d'adresser à ceux qui voulaient faire prévaloir le système de la loi de brumaire, mais on leur répondait que déjà les dons manuels et les donations n'excédant pas 1,000 livres étaient dispensés d'insinuation, et que celles pour lesquelles l'insinuation était exigée se trouvaient en définitive assez rares.

Les donations mobilières ne se trouvent pas seules exclues par la formule de l'art. 939. On nous parle, en effet de biens susceptibles d'hypothèque; or les servitudes, or le droit d'usage et d'habitation, or les actions immobilières ne sont pas susceptibles d'hypothèque: donc les donations qui ont ces droits pour objet ne sont pas soumises à la transcription.

Cette conclusion toute naturelle n'est cependant pas adoptée par un certain nombre d'auteurs.

C'est surtout à propos des servitudes et des droits d'usage et d'habitation que la controverse s'est élevée.

On a dit : pourquoi la donation d'une servitude ou d'un droit d'usage ne serait-elle pas transcrite ? Les tiers n'ont-ils pas autant d'intérêt à connaître ces donations que celles qui ont pour objet un droit d'usufruit ou de pleine propriété ? Sur ce point, nous sommes d'accord ; mais la question n'est pas de savoir ce que le législateur aurait dû faire : il faut chercher ce qu'il a fait. Les tiers avaient aussi intérêt à connaître les aliénations à titre onéreux, et cependant le Code les a laissées secrètes.

Soit, poursuit-on, prenons le texte de la loi : qu'y voyons-nous ? Qu'il faut transcrire les donations de biens susceptibles d'hypothèque. Mais les donations de servitude, de droit d'usage ou d'habitation rentrent parfaitement dans cette formule. Qu'une servitude ne soit pas susceptible d'hypothèque par elle-même, c'est incontestable ; mais, avant la donation, confondue avec le fonds, n'était-elle pas frappée par les hypothèques que le donateur pouvait consentir sur son immeuble ? Une servitude n'est-elle pas à ce point de vue un bien susceptible d'hypothèque ? Le même raisonnement s'appliquerait, on le voit, au droit d'usage et d'habitation.

Et cette interprétation est aussi conforme à l'esprit qu'au texte de la loi. Qu'a voulu le législateur en ordonnant de transcrire les donations de biens susceptibles d'hypothèque ? Protéger évidemment

les créanciers hypothécaires du donateur. Or, pour eux c'est le fonds entier, avec tous les droits réels, qui est susceptible d'hypothèque, c'est le fonds avec tous les droits qu'on en pourrait détacher, que ces droits s'appellent servitude, usage ou habitation. C'est surtout cela que leur hypothèque doit porter. Et ils seraient évidemment frustrés si, avant de leur consentir leur sûreté, le donateur avait pu, à leur insu, diminuer leur gage de quelques-uns de ces droits.

D'ailleurs il y a quelque chose de bien significatif, c'est la différence de rédaction de notre article avec l'article 26 de la loi de brumaire. La loi de brumaire voulait qu'on transcrivît les actes translatifs de biens et *droits* susceptibles d'hypothèque, et, sans aucun doute, cette formule désignait exclusivement les droits qui, entre les mains du donataire, étaient susceptibles d'hypothèque par eux-mêmes. Mais le Code emploie des expressions beaucoup plus larges : il faut transcrire les donations de *biens* susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire les donations relatives à des biens susceptibles d'hypothèque. Il suffit que la donation se rapporte à un bien susceptible d'hypothèque, qu'elle en détache, par exemple, un droit, susceptible ou non lui-même d'être hypothéqué, peu importe, pour que la transcription soit nécessaire.

Ces arguments sont fort sérieux ; nous ne pouvons cependant les adopter. Soutenir que la donation d'une servitude, c'est-à-dire d'un droit qui

ne peut pas être hypothéqué, rentre dans ces mots : *donation de biens susceptibles d'hypothèque*, parce que la servitude était une fraction d'un immeuble qui, lui, était susceptible d'hypothèque, c'est, ce nous semble, forcer le sens de l'art. 939, dont l'explication naturelle est dans l'article 2118. La donation d'un droit susceptible d'hypothèque doit être transcrite, nous dit l'article 939; quels sont les droits susceptibles d'hypothèque? L'article 2118 répond : la pleine propriété et l'usufruit des immeubles, Conclusion: les donations qui auront pour objet la pleine propriété et l'usufruit des immeubles sont soumises à la transcription, les autres en sont dispensées. Mais, à un certain point de vue, fait-on remarquer, on peut dire qu'une servitude est un bien susceptible d'hypothèque. Selon nous, on ne peut le dire à aucun point de vue : avant la donation, la servitude n'était pas susceptible d'hypothèque : elle n'existait pas : fondue dans l'immeuble dont elle sera plus tard détachée, elle n'avait aucune individualité, elle ne pouvait donc avoir aucune qualité. Après la donation, elle a une existence propre, mais le donataire pourrait-il l'hypothéquer? Non : l'article 2118 s'y oppose. Dira-t-on, comme on l'a fait, que le donataire peut hypothéquer la servitude avec le fonds? C'est s'exprimer d'une manière impropre; le donataire n'hypothéquera pas un fonds et une servitude : il hypothéquera simplement un fonds; la servitude, à l'égard du créancier qui a hypothèque sur un immeuble, n'est

pas un droit distinct de cet immeuble : c'est une simple qualité du fonds ; et c'est précisément parce que la servitude pour lui ne se sépare pas du fonds, c'est parce qu'elle n'a aucune individualité, que son hypothèque peut l'atteindre.

Quant à l'argument que l'on tire de la différence de rédaction de l'article 26 de la loi de brumaire et de notre article 939, il est ingénieux, mais nous avons quelque peine à le croire fondé. Pour nous, ces mots : *donation de biens susceptibles d'hypothèque*, ne font que reproduire sous une autre forme l'idée de la loi de brumaire. Et d'ailleurs si, comme on le prétend, il suffit, pour la nécessité de la transcription, que le droit donné se rattache à un bien susceptible d'hypothèque, la conclusion forcée, c'est que toutes les donations immobilières doivent être transcrites, car tous les droits immobiliers ont nécessairement pour objet le sol et les constructions élevées sur le sol, toutes choses susceptibles d'hypothèque. Mais alors pourquoi le Code se serait-il servi d'une formule restrictive ? Pourquoi ne se serait-il pas exprimé de cette manière générale : *Il faut transcrire toutes les donations immobilières ?* La formule dont il s'est servi, si on lui donnait le sens adopté dans le système que nous combattons, exprimerait le moins pour faire entendre le plus.

Nous avons discuté jusqu'à présent en nous plaçant sur le terrain du Code, mais la loi de 1855 n'a-t-elle pas changé l'état de la question ? C'est ce que

nous examinerons en étudiant l'effet de cette loi sur les donations.

Les explications dans lesquelles nous sommes entré à propos des servitudes et des droits d'usage et d'habitation, nous dispensent d'insister sur les actions immobilières. Ceux qui soumettent à la transcription les donations de servitude, de droit d'usage et d'habitation, y soumettent aussi les cessions à titre gratuit d'actions en nullité, en rescision ou en résolution d'actes translatifs de biens immeubles; et c'est une conséquence nécessaire de leur système qui oblige à transcrire toutes les donations immobilières. Quant à nous, partant de ce principe qu'on ne doit transcrire que les donations ayant pour objet des biens susceptibles d'hypothèque, nous déclarons naturellement que les cessions d'actions immobilières ne sont pas comprises dans les dispositions de l'art. 939.

Même solution pour les immeubles par destination qui se trouvent, il est vrai, de même que les servitudes, atteints par l'hypothèque du fonds, mais ne sont pas par eux-mêmes susceptibles d'hypothèque : dès qu'on les considère individuellement, ce ne sont que des meubles, or les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Les donations de fruits pendants par branches et par racines sont aussi des donations mobilières, et par conséquent ne sont pas soumises à la transcription; il en est de même des donations de coupes de bois taillis ou de futaies.

Faut-il transcrire les donations rénumératoires, les donations onéreuses, les dons mutuels? Nous croyons qu'il faut appliquer sur ces trois points les règles de l'ancien droit; il y a là de véritables donations, qui tombent sous le coup de l'art. 939.

Nous avons vu que l'ancien droit dispensait de l'insinuation les donations faites dans le contrat de mariage par un ascendant. Cette exception ne doit pas être admise aujourd'hui: le silence du Code et les termes généraux de l'art. 1081 ne permettent pas d'en douter.

Mais s'il ne faut plus, dans les contrats de mariage, se préoccuper de la qualité des personnes, ne faut-il pas se préoccuper de la nature de la disposition? Qu'une donation de biens présents doive être transcrite, c'est incontestable en présence du texte formel de l'art. 1081: on ne verrait d'ailleurs aucune raison de la dispenser de cette formalité. Mais que décider pour les donations de biens à venir? Ce qui fait la difficulté, c'est que nous nous trouvons ici en présence d'un acte qui tient à la fois de la donation et du testament. Or, si la donation doit être transcrite, cette formalité n'est pas nécessaire pour les testaments. Eh bien! faut-il, au point de vue de la transcription, traiter l'institution contractuelle comme une donation ou comme un testament? Nous croyons, quant à nous, que le droit de l'institué contractuel ressemble avant tout à un droit de succession: en effet, de même que les légataires, il ne peut se mettre en possession des biens

qu'à la mort du donateur ; et il les prend, comme eux, dans l'état où ils se trouvent à ce moment ; ajoutons que son droit est subordonné comme le leur, à la condition qu'il survivra au *de cujus*, sauf la faveur spéciale faite à ses enfants. Le droit de l'institué contractuel n'est donc pas autre chose qu'un droit éventuel à la succession du donateur : seulement ce droit dérive d'un contrat, au lieu de dériver d'un testament ou de la loi. Dira-t-on que l'institué contractuel a plus qu'un droit éventuel, puisque le donateur ne peut pas désormais disposer à titre gratuit des objets donnés ? Nous répondrons qu'un héritier réservataire est dans une situation tout-à-fait analogue, et cependant son droit est purement éventuel. Partant de ce principe, nous concluons que, dans les cas où la loi ne s'est pas expliquée, il faut de préférence appliquer à l'institution contractuelle les règles des dispositions à cause de mort. C'est ainsi, par exemple, que nous ne permettrions aux créanciers du donataire de saisir, du vivant du donateur, aucun des biens de ce dernier ; de même, si le donateur voulait céder son droit, nous prohiberions la cession comme un pacte sur succession future. Une seule considération pourrait nous déterminer, dans certains cas, à adopter les règles des donations : pour faire de l'institué contractuel un légataire aussi favorisé que le serait un héritier à réserve, la loi a dû rendre son titre irrévocable comme celui d'un donataire : eh bien ! les conséquences de cette irrévocabilité,

nous les emprunterons naturellement aux donations : c'est ainsi que nous ne ferons réduire les donations de biens à venir que dans l'ordre adopté pour la réduction des donations, c'est-à-dire après les legs et après les donations postérieures, parce que les soumettre à la réduction comme les legs, ce serait autoriser le donateur à les révoquer indirectement ; c'est ainsi que dans un autre ordre d'idées, nous exigerons, de la part du donateur, non pas la simple capacité suffisante pour disposer par testament, mais la capacité nécessaire à ceux qui se dépouillent irrévocablement, c'est-à-dire la capacité de disposer par donation entre-vifs. Ces développements rendent facile la solution de notre question : faut-il transcrire les donations de biens à venir ? Nous n'avons qu'à nous demander si l'irrévocabilité est en jeu dans la matière qui nous occupe ; et puisqu'elle est évidemment hors de cause, appliquons les règles des dispositions à cause de mort ; n'obli-geons pas à transcrire l'institution contractuelle. A côté de la raison théorique, il y a d'ailleurs une raison pratique : comment opérer cette transcription ? Accomplira-t-on cette formalité une fois pour toutes lors de la confection du mariage, quant aux biens appartenant alors au donateur ? Ce serait là une publicité bien insuffisante et souvent illusoire. Faudra-t-il donc la renouveler, lors de chaque nouvelle acquisition, à la conservation des hypothèques de la situation des biens ? Mais quelle source d'embarras ! On a, il est vrai, invoqué l'autorité de l'an-

cien droit, sous l'empire duquel l'institution contractuelle était, dit-on, soumise à l'insinuation; mais nous croyons qu'il est impossible de tirer un argument quelconque de l'ancien droit où notre question était des plus controversées. On a dit aussi que l'art. 947 a indiqué les règles des donations auxquelles ne serait pas soumise l'institution contractuelle, et qu'il était muet sur la transcription. Mais on attribue à l'art. 947 une portée qu'il n'a pas : cet article, placé à la suite d'autres qui sont particuliers aux donations de biens présents, fait simplement observer que les quatre articles précédents ne s'appliquent pas aux donations de biens à venir; mais ces articles sont-ils les seuls qui ne s'y appliquent pas? Voilà ce que ne nous dit pas l'article 947. Et la preuve que ce ne sont pas les seules, c'est que, de l'aveu de tout le monde, l'état estimatif du mobilier, exige d'une manière générale pour les donations par l'art. 948, n'est pas requis pour les institutions contractuelles.

Nous venons de montrer que la transcription n'était pas nécessaire pour les donations de biens à venir; mais s'il s'agit d'une donation cumulative de biens présents et à venir, ne faut-il pas exiger la transcription pour les biens présents? On peut soutenir la négative de la manière suivante : — Une donation cumulative de biens présents et à venir ne se compose pas de deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir; car, si c'étaient deux libéralités distinctes, on ne voit pas pourquoi

le Code nous en aurait parlé; on ne s'expliquerait pas non plus qu'il exigeât un état des dettes existant au moment de la donation, car cet état n'est requis par la loi ni pour les donations de biens présents, ni pour les donations de biens à venir; enfin on se demanderait pourquoi le Code déclarerait d'une manière générale les donations cumulatives de biens présents et à venir caduques par le prédécès du donataire et de sa postérité, car, si cette caducité se comprend pour les donations de biens à venir qui ne donnent qu'un droit éventuel de succession, elle n'a pas de raison d'être pour les donations de biens présents qui confèrent un droit actuel, et par conséquent indépendant de toute survie du donataire et de sa postérité. On peut donc considérer comme acquis que la donation cumulative de biens présents et à venir ne forme pas deux donations, mais une seule. Et maintenant cette donation unique est-elle une donation de biens présents ou une donation de biens à venir? Dans les pays de droit écrit, qui, suivant la tradition romaine, admettaient difficilement les pactes sur succession future et les institutions d'héritier par contrat, on disait: c'est une donation de biens présents qui comprend en outre des biens à venir; et en conséquence le donataire pouvait demander immédiatement la délivrance des biens présents et celle des biens à venir au fur et à mesure des acquisitions. Dans les pays de coutume, qui étaient très-favorables à l'institution contractuelle, on disait:

c'est une donation de biens à venir ; et en conséquence la donation ne produit d'effet, tant pour les biens présents que pour les biens à venir qu'à la mort du donateur, et sous la condition de survie du donataire. Seulement c'est une donation de biens à venir perfectionnée : à la mort du donateur, le donataire peut s'en tenir aux biens qui existaient au moment du contrat, et la transformer ainsi en donation de biens présents ? L'opinion des pays de coutume a prévalu dans l'ordonnance de 1731, et le Code l'a reproduite, comme cela résulte implicitement des articles 1084 et 1089. Or, une fois qu'on a démontré que la donation cumulative de biens présents et à venir n'est qu'une variété de l'institution contractuelle, on a démontré par là même qu'elle n'est pas soumise à la transcription, puisque l'institution contractuelle, nous l'avons admis du moins, en est dispensée. Il est vrai qu'à la mort du donateur, cette donation de biens à venir pourra devenir par l'option du donataire une donation de biens présents : or une donation de biens présents doit être transcrite sans doute ; mais à quel moment faut-il se placer pour savoir quelles formes étaient nécessaires à un acte ? Évidemment au moment de la confection de cet acte. Eh bien ! à ce moment notre donation cumulative n'était qu'une donation de biens à venir, et, en cette qualité, dispensée de la transcription. Toutes ces déductions sont, on le voit, fort rigoureuses, et cependant nous n'admettons pas la proposition fi-

nale. Nous estimons qu'il faut ici se défier d'une logique trop sévère, et faire prédominer des considérations pratiques : la transcription, dans notre hypothèse, est une formalité très-facile à remplir, puisqu'il ne s'agit que de l'appliquer aux biens présents; et en second lieu, elle est beaucoup plus utile qu'elle ne le serait pour l'institution contractuelle ordinaire, puisqu'elle avertit, non-seulement les donataires postérieurs, mais aussi, et c'est là le point important, les acquéreurs à titre onéreux, dont le droit tomberait, on le sait, devant l'option du donataire pour les biens présents. Aussi admet-on généralement que, si le donataire opte pour ces biens, il ne peut opposer la donation aux tiers acquéreurs des immeubles qu'autant qu'elle a été transcrite.

Doit-on transcrire les donations de biens présents faites par un époux à l'autre pendant le mariage? On a dit : à quoi bon, puisqu'elles sont révocables. Le donataire aura beau publier son titre, le donateur n'en conserve pas moins le droit de révocation, et par conséquent la faculté d'aliéner et d'hypothéquer très-valablement les biens compris dans la donation. Cela est vrai; mais la transcription offre néanmoins de l'intérêt à plusieurs points de vue : d'abord elle fera tomber les aliénations antérieures qui n'auraient pas été transcrites; en second lieu, tant que la donation n'est pas publiée, la donation reste pour les tiers sur la tête du donateur; en conséquence, ses créanciers pourraient saisir les biens

donnés : la transcription empêchera ce résultat. Et cette utilité existera même à l'égard des créanciers postérieurs à la donation, car il est évident que le donateur, en contractant des dettes, n'a pas pour cela révoqué sa libéralité. Enfin la transcription aura encore pour effet de mettre les biens donnés à l'abri des hypothèques légales ou judiciaires qui auraient pu venir les grever du chef du donateur.

On s'est encore demandé s'il fallait transcrire les partages d'ascendants faits sous la forme de donation entre-vifs. Nous d'hésitons pas un instant à admettre l'affirmative : d'abord ces partages comprennent et ne peuvent comprendre que les biens présents ; en second lieu l'article 1076, les soumet expressément à toutes les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs. Ajoutons que la transcription est plus utile dans ces partages que partout ailleurs, parcequ'ils se font habituellement avec réserve d'usufruit.

DEUXIEME PARTIE.

COMMENT DOIT ÊTRE FAITE LA TRANSCRIPTION ?

Cette question en comprend plusieurs autres :

I. *En quoi consiste la transcription ?*

Elle consiste dans la copie littérale de tous les actes constitutifs de la donation, acceptation, notification (art. 939) : *Sans en rien omettre*, ainsi que le prescrivait l'ordonnance de 1731.

II. *Où doit être faite la transcription ?*

L'art. 939 nous l'indique : on doit transcrire au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.

Si les biens sont situés dans différents arrondissements, il faudra transcrire au bureau de chacun des arrondissements (art. 639).

III. *Dans quel délai faut-il transcrire ?*

Le Code est muet sur ce point : il en résulte, comme nous l'avons déjà remarqué, que la transcription, à quelque époque qu'elle soit faite, n'aura pas d'effet rétroactif : le donataire a donc intérêt à transcrire le plus tôt possible.

Mais d'un autre côté il résulte aussi du silence du Code que la transcription peut, en tout temps, avoir lieu après la mort du donateur. Et l'on comprend d'ailleurs l'utilité de cette transcription ; tant qu'elle n'est pas faite, les héritiers du donateur, étant, pour les tiers, propriétaires des biens donnés, pourraient les aliéner ou les grever d'hypothèques, et leurs créanciers pourraient également les saisir.

IV. *Qui doit requérir la transcription ?*

Cette question suppose naturellement une donation faite à des incapables et voici en quels termes y répond l'art. 940.

« La transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme ; lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs. »

Cet article est fort simple : il soulève cependant plusieurs questions importantes.

Et d'abord le mari est-il tenu de faire transcrire les donations faites à sa femme ? Pas de difficulté s'il a l'administration du bien donné et si de plus il a autorisé sa femme à accepter la donation : on ne voit pas à quel titre il prétendrait se soustraire à la responsabilité qui lui incombe. Mais il peut arriver, par exemple, que le mari ait l'administration des biens de sa femme, mais lui ait refusé l'autorisation d'accepter la donation, et que la femme n'ait accepté qu'avec l'autorisation de justice ; à l'inverse il se peut que le mari ait accordé l'autorisation d'accepter, mais n'ait pas l'administration des biens de sa femme. Dans ces deux cas est-il tenu de requérir la transcription ? Pour résoudre cette question, il faut évidemment chercher le fondement de l'obligation imposée au mari par l'art. 940 de faire transcrire. Pour Bergier, annotateur de Ricard, le devoir du mari était la conséquence de l'autorisation par lui donnée à sa femme d'accepter la donation : « L'autorisation volontaire prêtée par le mari pour accepter, disait-il, l'oblige à achever ce qu'il a commencé, et par conséquent à faire insinuer. » Et, en conséquence, du moment qu'il avait autorisé l'acceptation, peu importait qu'il eût ou non l'administration des biens, il était obligé de requérir l'insinuation. En revanche du moment que le mari refusait son autorisation, il n'était tenu à rien. « Le mari n'ayant voulu prendre au-

cune part à la donation, semble s'être ainsi dégagé de tout ce qui pourrait suivre. » Et Ricard disait de son côté : « La femme alors ne doit pas s'attendre à lui. » Cette théorie a été reproduite par plusieurs jurisconsultes modernes : mais elle ne nous paraît pas exacte. Pour nous, c'est de son devoir d'administrateur que découle l'obligation pour le mari de requérir la transcription des donations faites à sa femme ; en conséquence, il est toujours tenu de faire transcrire quand il administre les biens de sa femme ; il n'est jamais tenu quand il ne les administre pas. Il nous semble excessif de dire qu'un mari qui n'a aucune part à l'administration des biens de sa femme est néanmoins tenu de veiller à la conservation de ceux qu'il lui a permis d'acquérir : nous cherchons vainement le lien qui existe entre l'autorisation d'accepter et l'obligation de faire transcrire. Une fois l'autorisation donnée le rôle du mari est fini : à la femme de veiller, comme elle l'entend, à la conservation du patrimoine qu'elle administre. Mais en revanche, dès lors que le mari administre les biens de sa femme on a peine à comprendre qu'il puisse se soustraire à sa responsabilité d'administrateur par cette seule raison que la femme a acquis le bien malgré lui, avec l'autorisation de justice. Est-il tenu, oui ou non, de l'administration du bien donné ? S'il en est tenu il est responsable de la conservation de ce bien, et par conséquent obligé de faire transcrire.

Que faut-il décider pour le curateur d'un mineur

émancipé? Pour nous la réponse n'est pas douteuse : le curateur n'administre pas, donc il n'est pas tenu de faire transcrire. Il est vrai que l'art. 940 désigne le curateur parmi les personnes chargées de requérir la transcription, mais en lisant l'article, il est facile de voir que le mot *curateurs* n'a été mis ici que par inadvertance, il correspond, en effet, au mot *interdits*. C'est qu'autrefois les interdits avaient un curateur : les rédacteurs du Code ont oublié que maintenant on leur donnait des tuteurs.

On conçoit que, si le curateur n'est pas obligé de faire transcrire, à plus forte raison ne faut-il pas imposer cette obligation au subrogé-tuteur qui, non-seulement n'administre pas les biens du pupille, mais en outre ne coopère en aucune manière à l'acceptation de la donation. Mais, bien entendu, il en serait autrement s'il s'agissait d'une donation faite au pupille par son tuteur : car dans cette hypothèse le subrogé-tuteur est mis *loco tutoris* : c'est lui qui est chargé d'acquérir le bien pour le mineur : or le bien n'est acquis au mineur, à l'égard des tiers, que par la transcription.

On le voit, si nous considérons le devoir d'administrer comme le principe de l'obligation de faire transcrire, nous reconnaissons cependant à cette obligation un deuxième fondement qui est de toute évidence. Sont tenus de requérir la transcription, non-seulement ceux qui sont tenus d'admi-

nistrer, mais encore ceux qui ont mandat d'acquérir le bien pour l'incapable.

Ce mandat peut être forcé : c'est ce qui a lieu, nous venons de le constater, pour le subrogé-tuteur dans le cas d'une donation faite par le tuteur lui-même : c'est ce qui a lieu pour le curateur *ad hoc* nommé à un sourd-muet, en un mot pour tous ceux qui sont tenus d'accepter une donation faite à un incapable : cette obligation d'accepter n'est, en effet, qu'une conséquence d'une obligation plus générale, celle d'acquérir le bien pour l'incapable : ce qui comprend le devoir d'accepter la donation et le devoir de la faire transcrire.

Le mandat donné par la loi peut aussi être volontaire : c'est ainsi qu'elle permet à l'ascendant d'accepter une donation faite à son descendant mineur. Et assurément, si l'ascendant n'a pas usé de la faculté qui lui était offerte, personne ne peut l'obliger à faire transcrire la donation acceptée par un autre ; mais du moment qu'il a usé du pouvoir d'accepter, il est tenu de faire transcrire : car celui qui se charge d'une affaire se charge de l'accomplir utilement (art. 1984, 1991, 1372) ; or le mandat n'est rempli, la propriété n'est assurée au mineur que par la transcription. En un mot, le mandat volontaire, une fois qu'on l'a accepté, fait naître, au point de vue de la transcription, une obligation aussi énergique que le mandat forcé.

Nous n'avons pas besoin de dire que le mari autorisant sa femme, le curateur assistant le mineur

émancipé, ne rentrent pas dans la catégorie des personnes ayant mandat d'acquérir; ils n'acquièrent pas eux-mêmes, ils permettent simplement l'acquisition à la femme et au mineur : voilà pourquoi l'autorisation donnée, l'assistance prêtée n'impliquent pas, selon nous l'obligation de faire transcrire.

Il nous reste à voir ce qui arrivera si les personnes tenues de faire la transcription ne l'ont pas requise : les incapables seront-ils restitués contre le défaut de transcription ? Ce serait contraire aux principes de notre droit ; mais la question avait été autrefois soulevée et vivement controversée. Voilà pourquoi les rédacteurs du Code ont cru devoir s'en expliquer formellement (art. 942). Les incapables n'auront qu'une ressource : recourir contre ceux qui devaient les protéger. Encore faut-il pour cela deux conditions qui se justifient d'elles-mêmes. Il faut :

1^o Que le défaut de transcription constitue une faute : si donc celui qui était tenu de faire transcrire prouve qu'il en a été empêché par une force majeure, ou qu'il a ignoré l'existence de la donation, il est naturellement exempt de toute responsabilité.

2^o Que cette faute soit dommageable : on ne peut pas évidemment réclamer des dommages-intérêts du moment qu'il n'y a pas dommage.

C'est ce que nous indiquent ces mots de la fin de l'art. 942 : *S'il y échet.*

V: *Qui peut faire transcrire ?*

Après avoir vu ceux qui ont le devoir de faire transcrire, recherchons ceux qui en ont le pouvoir.

Cette question, au premier abord, peut paraître superflue ; tout porteur de l'acte, dira-t-on, a le droit de requérir du donateur la transcription de la donation : aucun mandat à cet égard ne lui est nécessaire, ainsi que le faisait déjà remarquer Pothier pour l'insinuation. Cela est vrai, sans aucun doute ; mais celui qui n'est pas porteur de l'acte et qui, d'un autre côté, n'est pas tenu de le faire transcrire, a-t-il le droit de se le procurer, et de faire légalement à cette fin les démarches nécessaires ? Tel est le vrai sens de notre question. Or il est évident que ce pouvoir n'appartient qu'à un certain nombre de personnes déterminées.

Le Code, au titre des donations, ne nous trace d'ailleurs à peu près aucune règle sur ce point ; mais il est naturel de chercher des analogies, au titre des hypothèques, dans les articles qui nous disent quelles personnes peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque ou d'un privilège.

Il va de soi qu'au premier rang de ceux qui peuvent faire transcrire, nous plaçons le donataire, qui est le premier intéressé à l'accomplissement de la formalité. Et il peut faire transcrire, même s'il est incapable ; il n'a besoin à cet égard d'aucune assis-

tance ou autorisation : c'est qu'en effet la transcription n'est qu'un acte conservatoire, or les mineurs, les femmes mariées et les interdits ont parfaitement le droit de faire eux-mêmes des actes conservatoires de leur patrimoine. Le Code, d'ailleurs, s'en explique pour la femme mariée (art. 940), et c'est ce que décident, relativement à l'inscription d'une hypothèque, les art. 2139 et 2194. On a dit avec raison qu'il vaut mieux éviter le mal que d'avoir à en demander la réparation, et qu'une incapacité purement protectrice ne saurait enlever la faculté de se préserver soi-même d'un mal.

Le droit qui appartient au donataire appartient aussi, bien entendu, à ses successeurs universels ou à titre universel et à ses créanciers.

Et pour nous conformer aux art. 2139 et 2194, nous l'accorderons également aux parents du donataire incapable, à ses amis et au procureur de la République.

Il suit de là que le mari a le pouvoir de faire transcrire une donation faite à sa femme, même dans les cas où il n'y est pas obligé, c'est-à-dire même quand il n'a pas l'administration de ses biens. Au reste, le mari a toujours qualité pour faire dans l'intérêt de sa femme un acte de protection.

Les art. 2139 et 2194 nous conduisent à reconnaître également ce droit au curateur du mineur émancipé.

En vertu des mêmes articles, les ascendants du

mineur peuvent requérir la transcription des donations acceptées par d'autres que par eux.

Enfin, il serait bien difficile de refuser ce droit au donateur, qui est partie à l'acte, et doit certainement pouvoir assurer les effets de sa donation.

Frais de la transcription.

A notre deuxième partie se rattache naturellement la question des frais de la transcription.

La transcription d'une donation donne lieu, au profit de l'État, à un droit fixe de un franc, et à un droit proportionnel de 1 fr. 50 pour cent francs.

Depuis la loi du 28 avril 1816, le droit proportionnel est perçu au moment de l'enregistrement. On ajoute le droit de transcription au droit d'enregistrement, et ainsi, nous dit l'art. 54, « la transcription ne donne lieu à aucun droit proportionnel. » Mais d'ailleurs, le droit de transcription n'est pas supprimé : on en a seulement changé le mode de perception : le droit de transcription est un droit distinct et indépendant du droit d'enregistrement. — L'art. 33 de la loi du 21 avril 1832 a établi, en matière d'enregistrement, de nouvelles quotités de droit pour les donations entre-vifs dans la ligne collatérale, et entre personnes non parentes. Ces quotités comprennent le droit de transcription de 1 1/2 0/0 : il ne faut donc pas l'y ajouter.

Il résulte de l'innovation de la loi de 1816 que,
LA. 18.

lorsqu'un acte est présenté à la transcription, le conservateur des hypothèques ne doit exiger que le droit fixe de un franc, auquel il faut toutefois ajouter son salaire, tel qu'il est réglé par les lois.

Les conservateurs des hypothèques n'étant pas juges de la nécessité de la transcription des actes, ne peuvent ni refuser de revêtir de la formalité les actes dont la transcription est requise, ni se dispenser de percevoir les droits dûs en conséquence (C. civ., art. 2199). Et ces droits ne peuvent être restitués, alors même qu'il serait prouvé que la transcription requise était inutile (cass. 1849).

TROISIÈME PARTIE.

DES EFFETS DU DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

Pour apprécier les conséquences du défaut de transcription, il faut d'abord déterminer quelle est la nature de la transcription des donations.

Quatre systèmes se sont produits sur ce point :

Pour les uns, la transcription remplace l'insinuation de l'ancien droit ; mais on oppose à cette opinion : 1^o la discussion du Code où se révèle très-nettement l'intention du législateur de supprimer l'insinuation ; 2^o les emprunts faits à la loi de brumaire, et que nous avons déjà signalés.

D'après le second système, la transcription du Code serait celle de la loi de brumaire, mais elle aurait suivi le sort de la transcription établie par cette loi, et en conséquence elle n'aurait plus d'influence sur le transport de la propriété à l'égard des tiers : ce serait un simple préliminaire de la purge des privilèges et hypothèques qui pourraient affecter les immeubles compris dans la donation. En effet, dit ce système, lors de la discussion de nos articles, quand on se fut déterminé à laisser de côté l'insinuation pour prendre la transcription, il fut entendu que l'article discuté, qui était l'art. 939, ne

préjugeait rien sur la loi de brumaire, c'est-à-dire évidemment que, si la loi de brumaire, alors fortement attaquée, devait être modifiée ou même abrogée, l'art. 939, qui n'en était qu'une application, subirait le contre-coup de ces changements. Or le Code, abrogeant la loi de brumaire, a adopté le principe que la propriété se transfère, même à l'égard des tiers, par le seul consentement des parties (art. 1138), et la transcription n'a servi dès lors qu'à préparer la purge des hypothèques. Donc la transcription en matière de donation n'est aussi qu'un préliminaire de cette purge ; la propriété de l'immeuble donné est transférée *erga omnes* par le seul effet du contrat. Ce système qui restreint si considérablement la portée de la transcription, est universellement rejeté. Absolument contraire au texte du Code, il interprète d'une manière tout à fait défectueuse les derniers mots de la discussion ouverte sur l'art. 939. Quand il a été entendu qu'on ne préjugeait rien sur la loi de brumaire, on n'a pas pu songer à une suppression éventuelle d'une publicité admise de tout temps, ou à une modification des effets de cette publicité qui l'aurait rendue illusoire. On a simplement voulu dire ceci : « Nous admettons la transcription des donations, c'est un fait acquis, mais rien n'est préjugé sur la publicité des ventes et des hypothèques. » Nous avons vu en effet à quelles vives attaques cette publicité était en butte.

Ainsi il nous paraît démontré que la transcription

des donations est indépendante des destinées ultérieures de la loi de brumaire, et c'est ce que déclare le troisième système. D'après les partisans de cette opinion, la transcription de l'art. 939 serait aujourd'hui ce qu'elle était au moment de la rédaction de l'article. Et qu'était-elle à ce moment? Purement et simplement la transcription de la loi de brumaire: c'est à cette loi qu'il faut se rapporter pour en apprécier la nature et en déterminer les effets.

Quelle que soit la valeur de ce système, nous ne saurions nous y rallier. Pour nous, le régime de publicité adopté par le Code n'est ni celui des anciennes ordonnances, ni davantage celui de la loi de brumaire, c'est un mode de publicité *sui generis*.

Plusieurs considérations nous le prouvent: d'abord nos articles ne font aucune mention de la loi de brumaire; en second lieu la discussion du Code ne nous montre pas que l'on ait voulu s'asservir aux dispositions d'une loi qu'il était si fortement question d'abroger; enfin, et surtout, l'art. 941 nous disant que toute personne intéressée peut opposer le défaut de transcription, est manifestement contraire au 2^e alinéa de l'art. 26 de la loi de brumaire, qui n'admet à opposer le défaut de transcription que « les tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. »

Donc, laissant de côté la loi de brumaire, nous nous appuierons uniquement sur l'art. 941 pour déterminer les effets du défaut de transcription.

L'art. 941 est ainsi conçu :

« Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayant-cause et le donateur. »

Cet article pose une règle et une exception ; nous allons rechercher les personnes comprises dans la règle, puis celles comprises dans l'exception.

1. Personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription.

Le défaut de transcription pouvait être opposé par tous les intéressés, il semble qu'au premier rang des personnes autorisées à opposer le défaut de transcription devraient se trouver les héritiers du donateur : ils ont, en effet, un intérêt évident à être avertis, avant d'accepter la succession, de la diminution de son patrimoine. Aussi avons-nous vu que l'ancien droit, conforme d'ailleurs en ce point à la tradition romaine, leur permettait de tenir pour non avenues les donations qui n'avaient pas été insinuées. Mais nous ne croyons pas que ce droit puisse leur être reconnu sous l'empire du Code.

Nous n'invoquons pas, pour soutenir notre thèse, l'argument tiré de la loi de brumaire : nous avons admis que le Code avait organisé un système de publicité tout spécial ; et nous avons même constaté

que la formule générale de l'art. 941 (*toute personne ayant intérêt*) ne pouvait pas être considérée comme l'équivalent de la formule très-restrictive de la loi de brumaire (art. 26, 2^e alinéa). Nous ne sommes pas davantage sensible à l'argument d'après lequel les héritiers, étant tenus des obligations de leur auteur, ne pourraient pas attaquer une donation que leur auteur était obligé de respecter : les héritiers réservataires ne peuvent-ils pas faire réduire les libéralités excessives du *de cujus*? Et qui songe à leur opposer la maxime : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*? Qui les condamnerait à des dommages-intérêts pour avoir exercé un droit qui leur est conféré par la loi? C'est dans le texte de l'art. 941, et non pas dans des considérations de principes, qu'il faut chercher la réponse à notre question : le défaut de transcription peut-il être opposé par les héritiers du donateur?

Pour soutenir que l'art 941 les admet à s'en prévaloir, on fait remarquer que cet article pose une règle très-générale, dans laquelle rentrent évidemment les héritiers, et, quand il en vient aux exceptions, se borne à parler du donateur, ce qui laisse évidemment ses héritiers compris dans la règle. Et cette rédaction, ajoute-t-on, est d'autant plus frappante qu'elle est calquée sur celle de l'ordonnance de 1731, art. 27, sous le régime de laquelle les héritiers pouvaient sans aucun doute se prévaloir du défaut d'insinuation.

Cet argument est assurément très-fort, mais il ne

nous paraît pas décisif. L'Ordonnance de 1731, qui admettait formellement les héritiers à se prévaloir du défaut d'insinuation, avait soin d'ajouter que toute clause par laquelle le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer les donations, à peine de tous dépens, dommages-intérêts, serait regardé comme nulle et de nul effet : c'est qu'en effet au moyen de cette clause, rien n'eût été plus facile que d'éluider l'Ordonnance : les héritiers se seraient ainsi trouvés obligés d'opérer la transcription promise par leur auteur, et par conséquent désarmés contre le donataire. Cette disposition finale de l'art. 27 était donc la sanction de la règle qui permettait aux héritiers d'opposer le défaut d'insinuation. Le Code a-t-il maintenu cette sanction ? Nullement : comment croire alors qu'il ait maintenu la règle ? Aussi l'Ordonnance mettait expressément les héritiers au nombre des personnes autorisées à se prévaloir du défaut d'insinuation : le Code est complètement muet sur leur compte. Ce silence, rapproché de la suppression d'une disposition qui était la garantie de leur droit, n'est-il pas significatif ?

Ce que nous disons des héritiers s'applique, bien entendu, aux différents successeurs à titre universel : car tous étaient protégés au même titre par la disposition finale de l'art. 26 aujourd'hui abrogée : de tout temps, en effet, il a été admis que les successeurs universels des personnes chargées de pu-

blier la donation ne pouvaient se prévaloir du défaut de publicité.

Le défaut de transcription peut-il être opposé par un donataire à titre particulier? Notre réponse est affirmative : nous nous appuyons sur les mots de l'art. 941 : *toute personne ayant intérêt*; nous ajoutons que cette opinion est conforme à la tradition de l'ancien droit, et conforme aussi, quoiqu'on l'ait contesté, à la loi de brumaire; enfin elle n'a rien que de très-équitable, le donataire pouvant éprouver un grand dommage s'il était évincé, et même un dommage irréparable si le donateur était insolvable.

Que décider pour un légataire particulier? En général, on lui refuse le droit d'opposer le défaut de transcription; on se fonde pour cela sur ce que le donataire, par le fait de l'éviction, deviendrait créancier du donateur : or, dit-on, un legs ne peut jamais nuire, ni directement, ni indirectement, aux créanciers du défunt : *nemo liberalis, nisi liberatus*. Quant à nous, nous nous en tenons à l'art. 941 : toute personne ayant intérêt peut opposer le défaut de transcription; le recours du donataire n'est pas inconciliable avec le droit du légataire d'opposer le défaut de publicité : la succession peut, en effet, être assez riche, indépendamment de l'immeuble légué, pour payer intégralement toutes les dettes du défunt, y compris la dette de garantie dont il était tenu envers le donataire évincé.

Le défaut de transcription peut-il être opposé

par les créanciers chirographaires du donateur ? L'affirmative, quoique contestée, nous semble évidente. Nous ne rechercherons pas si les créanciers chirographaires qui saisissent un immeuble acquièrent ou non un droit réel sur cet immeuble par l'effet de la saisie : cette recherche est parfaitement inutile. L'art. 941 ne subordonne pas la faculté d'invoquer le défaut de transcription à l'existence d'un droit réel sur l'immeuble ; il dit simplement : « toute personne ayant intérêt, » or l'intérêt des créanciers chirographaires est évident. Plus que tous autres, puisqu'ils ont suivi la foi de leur débiteur, ils ont intérêt à connaître les changements qui s'opèrent dans sa fortune, et à n'être pas trompés par des apparences mensongères. — Mais, remarquons-le bien, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription qu'autant qu'ils ont mis leur droit en exercice par une saisie ; la transcription opérée avant leur saisie leur serait parfaitement opposable : décider autrement, ce serait déclarer celui qui a des créanciers, même chirographaires, incapable de faire des donations entre-vifs.

Au reste, il n'y a pas lieu de distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la donation. Comme on l'a fait observer avec juste raison, sont-ils antérieurs, leur droit est de dire que les biens qui formaient leur gage n'ont pas pu être diminués par une donation qui ne leur est pas opposable ; sont-ils postérieurs, ils ne sont pas moins fondés à dire que, relativement à eux, le

bien donné était encore dans le patrimoine de leur débiteur, puisque la donation n'était pas transcrite lorsqu'ils sont devenus ses créanciers.

Le jugement déclaratif de faillite peut être considéré comme l'équivalent d'une saisie : car il dessaisit le failli de l'administration de ses biens, et les place sous la main de la justice pour qu'ils soient réalisés dans l'intérêt de ses créanciers. Aussi dirons-nous que la transcription d'une donation, qui ne peut pas avoir lieu après une saisie, ne peut pas non plus être opérée au préjudice de la masse après le jugement déclaratif de faillite.

Quelques auteurs vont plus loin, et ne permettent pas de transcrire après la cessation de paiements, et même dans les dix jours qui la précèdent. Cette opinion se fonde sur la supposition erronée que le dessaisissement remonte à l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite. Or cette supposition est formellement contredite par l'art. 443, al. 1, du Code de commerce, qui ne fait partir le dessaisissement que du jugement déclaratif de faillite. On a voulu faire rentrer la transcription des donations dans « les actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit, » que prohibe l'art. 446 dès le dixième jour avant la cessation des paiements. Mais cet article vise une donation qui serait faite depuis ce dixième jour, et non pas une donation déjà faite, et que l'on voudrait seulement transcrire. La transcription est un simple acte conservatoire que l'on doit rap-

procher des inscriptions de privilège et d'hypothèque: or ces inscriptions peuvent être valablement prises jusqu'au jugement déclaratif. Nous ne subordonnerons même pas l'efficacité de la transcription à la condition qu'elle soit effectuée dans les quinze jours qui suivent le contrat: l'article 448 le décide ainsi, il est vrai, pour les inscriptions de privilèges et d'hypothèques; mais les déchéances sont de droit étroit: elles ne peuvent pas s'étendre par analogie.

Un fermier, un locataire dont le bail a eu date certaine avant la transcription de la donation peuvent-ils se prévaloir du défaut de transcription? L'affirmative nous paraît certaine; que le droit soit ou non un droit réel, peu importe: l'art. 941 n'exige qu'une condition, c'est qu'on ait un intérêt.

Au reste, quand nous disons qu'il suffit d'avoir un intérêt pour se prévaloir du défaut de transcription, il est bon de tempérer cette proposition par une réserve tirée de l'esprit de la loi. Il est évident que la loi n'a voulu protéger qu'une catégorie de personnes, celles qui tiennent leurs droits du donateur ou ont un droit contre lui, et pour ce motif ont intérêt à ce que la propriété des biens donnés soit considérée comme n'ayant jamais cessé de résider sur sa tête. Ainsi la transcription n'a été nullement exigée dans l'intérêt du donataire. Par conséquent, ni lui, ni ceux qui tiennent des droits de lui, ne pourraient opposer le défaut de transcrip-

tion. On conçoit d'ailleurs difficilement l'intérêt pour le donataire; mais cet intérêt peut exister pour ses créanciers. On a cité pour exemple le cas où un père donne par préciput un immeuble en dot à sa fille mariée sous le régime dotal; et je suppose qu'on néglige de le faire transcrire. Pour le moment, les créanciers n'ont aucun intérêt à invoquer le défaut de transcription : car, s'il est vrai que le bien, comme dotal, est inaliénable et ne peut pas être saisi par eux, il faut remarquer qu'en invoquant le défaut de transcription ils feraient rentrer le bien à leur égard dans le patrimoine du père sur lequel ils n'ont aucun droit. Mais je suppose que le père vienne à mourir. Sans la donation, la fille aurait recueilli l'immeuble comme héritière : Eh bien ! si nous supposons que le contrat de mariage n'a pas frappé de dotalité les biens à venir de la femme, ses créanciers auront intérêt à faire tomber la donation pour enlever au bien son caractère de dotalité, et le rendre aliénable et saisissable. Mais on leur refuse un pareil droit, parce que leur intérêt n'est pas légitime, et qu'ils ne sont pas au nombre de ceux que la publicité de la donation est destinée à protéger.

Nous avons passé en revue les personnes qui pouvaient opposer le défaut de transcription. On s'est demandé si cette faculté leur était encore accordée dans le cas où elles auraient eu de quelque autre manière, connaissance de la donation : elles auraient, par exemple, figuré à l'acte comme notaires

ou comme témoins. Nous tirons notre réponse de l'art. 1071 ainsi conçu : « Le défaut de transcription ne pourra pas être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription. » Il est vrai que cet article se trouve au titre des substitutions ; mais l'historique de la rédaction prouve qu'il faut l'étendre aux donations. Il pose une règle générale. C'est qu'en effet les formalités ne se suppléent pas, surtout quand elles sont établies par des motifs d'intérêt général et d'ordre public. Qu'on ne dise pas que le tiers est de mauvaise foi : en droit, il est présumé ne pas connaître la donation du moment qu'elle n'est pas transcrite : la présomption de la loi, a-t-on dit fort justement, est qu'il a pu lui-même considérer comme simulée ou frauduleuse la donation à légard de laquelle on n'avait pas rempli les formalités requises par la loi. — Toutefois, selon l'opinion générale, on déciderait autrement si l'acte qui lui a conféré les droits pour le maintien ou l'exercice desquels il oppose le défaut de transcription était le résultat d'un concert arrêté entre lui et le donateur dans le but d'anéantir ou de restreindre les effets de la donation : car il s'est rendu coupable d'une fraude envers le donataire : et en conséquence l'éviction qu'il lui ferait subir le rendrait passible de dommages-intérêts (art. 1382) : or *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

II. *Personnes qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.*

En commençant l'explication de l'art. 941, nous avons dit qu'il contenait à la fois une règle et une exception ; nous avons étudié la règle ; voyons maintenant l'exception.

Aux termes de notre article ne peuvent opposer le défaut de transcription, « les personnes chargées de requérir la transcription ou leurs ayants-cause et le donateur. »

Pour le donateur, rien de plus naturel, puisque la donation est parfaite à son égard et la propriété transférée au donataire par le seul effet du contrat, et que d'ailleurs il ne pourrait en aucune manière invoquer son ignorance. Si donc le donateur dispose de l'objet donné au préjudice du donataire qui a négligé de faire transcrire, il sera tenu à son égard de dommages-intérêts ; et, sans aucun doute, le donataire peut figurer pour sa créance de dommages-intérêts à la faillite du donateur en concours avec les autres créanciers du donateur : ceux-ci peuvent bien lui opposer le défaut de transcription pour se faire payer sur les biens donnés, mais non pas pour lui dénier sa qualité de créancier qui est entièrement indépendante de la transcription. Nous ajouterons même que si le donateur avait consenti une hypothèque au donataire pour

a garantie de sa donation, le donataire serait colloqué sur l'immeuble hypothéqué préférablement aux autres créanciers et pourrait parfaitement exercer le droit de suite contre les tiers-détenteurs.

Parmi les personnes auxquelles elle refuse le droit de se prévaloir du défaut de transcription, la loi place, à côté du donateur, celles qui étaient chargées de faire transcrire. Cette exception se justifie très-facilement : pour ces personnes se prévaloir du défaut de transcription, ce serait se prévaloir de leur négligence, peut-être de leur dol ; d'ailleurs, si elles évinçaient le donataire, elles lui devraient des dommages-intérêts : or *quem de evictione tenet actio*, etc.

Cette maxime, on l'opposerait aussi à leurs successeurs à titre universel, puisque ceux-ci sont tenus des obligations de leur auteur : la loi n'a donc fait que se conformer aux principes en ne les admettant pas non plus à opposer le défaut de transcription.

Mais on a quelque peine à s'expliquer que les successeurs à titre particulier, qui ne sont nullement tenus des obligations de leur auteur, se trouvent compris dans l'exception comme les successeurs universels ; et pourtant la loi ne semble pas distinguer entre eux ; elle dit d'une manière générale : *les ayant-cause*.

Quelques auteurs s'en sont tenus au texte de l'art. 941 ; mais nous croyons que pour saisir son

véritable sens, il faut distinguer deux hypothèses :

La donation non transcrite a-t-elle été faite par une autre personne que celle qui était chargée de faire transcrire, les ayant-cause à titre particulier de cette dernière ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription. Ainsi supposons qu'une donation ait été faite à une femme mariée : son mari qui devait faire transcrire néglige de remplir la formalité ; bien plus, il achète l'immeuble au donateur, puis le donne lui-même à Tertius. Tertius pourra-t-il dire à la femme : je suis propriétaire de l'immeuble attendu que, la transcription de votre donation n'ayant pas été faite, votre mari a pu valablement l'acquérir et me le transmettre ? Évidemment il ne le pourra pas : d'abord ce n'est pas dans son intérêt qu'a été établie la transcription, mais dans l'intérêt de ceux qui traiteraient avec le donateur ; en outre la femme lui fera le raisonnement suivant : pour vous prétendre propriétaire, vous êtes obligé d'invoquer le droit de mon mari : vous ne sauriez, en effet, invoquer de vous-même un droit sur le patrimoine de celui qui m'a donné l'immeuble. C'est du chef de mon mari que vous m'opposez le défaut de transcription, et non pas en votre nom personnel ; or mon mari ne pouvait pas me l'opposer, puisqu'il devait faire transcrire : donc vous ne pouvez pas me l'opposer non plus.

Tout autre serait notre solution si la personne chargée de requérir la transcription était le donateur lui-même. C'est le mari, par exemple, qui a

fait une donation à sa femme, puis, au lieu de faire transcrire, a donné le même immeuble à Tertius. Dans ce cas Tertius pourra opposer le défaut de transcription à la femme. Dans l'intérêt de qui a été établie la publicité des donation ? Dans l'intérêt de ceux qui traitent avec le donateur : or telle est précisément la situation de Tertius. Et qu'on ne lui objecte pas que le mari, étant chargé de faire transcrire, ne pouvait pas invoquer le défaut de transcription. Ce n'est pas du chef du mari, comme dans l'hypothèse précédente, qu'il prétend se prévaloir du défaut de publicité ; c'est de son chef, en vertu d'un droit qui lui est propre. Ce n'est plus un ayant-cause du mari, ne pouvant atteindre la femme que par l'intermédiaire de son auteur ; c'est un tiers. Si d'ailleurs il paraît étrange que ceux qui ont traité avec une personne chargée de publier la donation, soient considérés comme des tiers, qu'on lise les art. 1070 et 1072 : ils nous disent que le défaut de transcription de la substitution peut être invoqué par ceux qui ont traité avec le grevé : or le grevé n'était-il pas tenu de faire transcrire ?

Mais d'ailleurs, une fois admis le droit pour ces successeurs particuliers d'invoquer le défaut de transcription, une question subsidiaire se présente : les incapables évincés par eux peuvent-ils exercer contre eux leur hypothèque légale ? Notre réponse est qu'ils le peuvent sans aucun doute : ils ont, en effet, une double qualité : comme donataires, ils se voient opposer le défaut de transcription ; mais,

comme créanciers hypothécaires en dommages-intérêts, ils exercent leur hypothèque légale contre tous les tiers-détenteurs d'immeubles qui en sont frappés : pourquoi leur refuserait-on ce droit ? On objecte que dans ces conditions la faculté accordée aux successeurs particuliers des maris et tuteurs d'opposer le défaut de publicité de la donation, devient tout-à-fait dérisoire : c'est, dit-on, donner d'une main et retirer de l'autre. Point du tout ; cette faculté sera fort utile aux successeurs particuliers toutes les fois que le recours hypothécaire ne pourrait pas être exercé contre eux : nous savons, en effet, que l'hypothèque pourrait être restreinte ou purgée. Et alors même que le recours hypothécaire serait possible, peut-être le possesseur actuel est-il attaché à l'immeuble et sera-t-il heureux de pouvoir le conserver au prix de sacrifices pécuniaires.

Troplong propose une distinction qui ne nous paraît pas admissible ; selon lui, les femmes, mineurs, etc. ne pourraient exercer leur recours hypothécaire que sur les immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation, et aucunement sur l'immeuble donné. Cela, par la raison que, la donation, n'étant pas transcrite, n'est pas opposable à l'acquéreur de cet immeuble. Assurément la donation ne lui est pas opposable, mais la lui oppose-t-on ? Les femmes, les mineurs, etc., l'attaquent-ils en se prévalant de leur qualité de donataires ? Nullement : ils mettent en avant une qualité tout autre :

ils se prétendent créanciers des maris, tuteurs, etc., et, comme tels, en droit d'exercer leur hypothèque légale sur tous les immeubles des personnes qui avaient le devoir de veiller à leurs intérêts.

APPENDICE.

INFLUENCE DE LA LOI DE 1855 SUR LA TRANSCRIPTION DES DONATIONS.

La transcription, telle qu'elle a été réglée par la loi de 1855, diffère à deux points de vue de celle organisée par les art. 939 et suivants.

D'un côté, les actes soumis à la publicité sont plus nombreux ; ainsi elle oblige à transcrire, non-seulement les actes translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque, mais encore tout acte constitutif de servitudes d'antichrèse, d'usage et d'habitation.

D'un autre côté, les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de publicité sont moins nombreuses : on ne le permet pas en effet à toute personne ayant intérêt, mais uniquement à ceux qui ont des droits réels sur l'immeuble, et les ont conservés conformément aux lois : ce qui exclut les créanciers chirographaires.

Ces différences établies, nous voyons que la loi de 1855 nous dit, dans son art. 11, *in fine* : « Il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation : elles continueront à recevoir leur exécution. »

Au premier abord on conclut fort naturellement de cet alinéa que, depuis la loi de 1855, comme sous le Code civil, on n'est pas obligé de transcrire les donations de droits non susceptibles d'hypothèque, et que de plus le défaut de transcription peut être opposé par les créanciers chirographaires.

Toutefois la deuxième partie de cette conclusion est seule universellement admise ; la première est vivement controversée. Que l'on permette, dit-on, aux créanciers chirographaires d'opposer encore aujourd'hui le défaut de transcription de la donation, cela va de soi : il est évident qu'en leur refusant ce droit, on dérogerait à l'art. 941 du Code civil : or la loi de 1855 déclare qu'elle ne déroge pas aux dispositions du Code relatives aux donations. Mais ce n'est nullement déroger au Code civil que de soumettre à la transcription les donations de servitude, usage et habitation ; on ne change rien aux prescriptions du Code ; on se contente d'ajouter une prescription nouvelle : or une addition n'est pas une dérogation. L'art. 939 ne s'occupait pas de ces libéralités : il obligeait à transcrire les donations ayant pour objet des droits susceptibles d'hypothèque ; quant aux autres, il les laissait sous l'empire du droit commun qui n'exigeait pas la transcription ; puis est venue la loi de 1855, et, depuis cette loi, le droit commun, c'est la transcription. Il suit de là que les donations de servitude, droit d'usage et d'habitation, sont aujourd'hui soumises à la publicité comme les constitutions à titre onéreux

des mêmes droits : laissées de côté par le Code qui, on le répète, ne s'en occupait pas, elles ont été entraînées dans le système de la loi de 1855 dont la formule (*tous actes*) est assez large pour les comprendre.

Tel est le raisonnement par lequel on soutient que les donations de servitude, droit d'usage et d'habitation, doivent être transcrites depuis la loi de 1855. Nous adoptons la conclusion, mais nous n'admettons pas l'argument par lequel on veut l'établir. On ne déroge pas, dit-on, au Code civil en obligeant à transcrire ces libéralités attendu qu'il n'a aucune disposition à leur égard : c'est ce qui nous semble inexact. Quand l'art. 939 nous dit que les donations de biens susceptibles d'hypothèque doivent être transcrites, il nous dit par là-même que les autres n'ont pas besoin d'être rendues publiques. Les soumettre à la publicité, n'est-ce pas dès lors modifier l'art. 939 ? Il a pour les donations un système de publicité restreint ; on le remplace par un système de publicité fort étendu ; comment prétendre que rien n'est changé, que l'article, dont on abroge ainsi une disposition reste intact ? La disposition dont il s'agit était une disposition tacite : l'article ne la formulait pas expressément ; mais qu'importe ? ne déroge-t-on à une loi qu'en dérogeant à ses dispositions expresses.

Pour nous, si nous soumettons à la transcription les donations de servitude, droit d'usage et d'habitation, c'est en nous fondant sur l'esprit de la loi

de 1855. Le but essentiel de cette loi a été de soumettre à la publicité par le moyen de la transcription, tous les actes entre-vifs, qu'ils soient à titre onéreux ou à titre gratuit, dont elle nous donne l'énumération : ce qui le prouve, c'est l'expression générale dont elle se sert à deux reprises : *Tous actes* : établir, en effet, des distinctions entre eux, soumettre les uns à la publicité, en exempter les autres, c'eût été tomber dans une contradiction manifeste, et laisser la plus grave lacune. Aussi, quand le législateur, dans la disposition finale de l'art. 11, nous renvoie au Code pour la transcription des donations, il nous semble évident que ce n'est pas pour restreindre le nombre des donations à transcrire, mais simplement pour laisser soumises aux règles anciennes les donations qui, d'après le Code, étaient déjà soumises à la publicité. Cette disposition, dont les termes sont d'ailleurs defectueux, parce qu'ils sont trop absolus, doit s'interpréter ainsi : Tous les actes entre-vifs, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, tous actes entre-vifs constitutifs de servitude, droit d'usage et d'habitation doivent être transcrits ; seulement pour ceux de ces actes qui étaient déjà soumis par le Code à la transcription, nous les laissons, quant aux effets du défaut de publicité, sous l'empire de ce même Code : rien n'est changé à leur égard : les mêmes personnes qui pouvaient sous le Code opposer le défaut de transcription de ces actes pourront

l'opposer encore aujourd'hui. Pour exprimer cette pensée, le législateur de 1855 a dit : « Il n'est rien dérogé aux dispositions du Code relatives à la transcription des donations. » Cette formule est vicieuse, car il est certain que la loi de 1855 déroge, comme nous l'avons montré, à l'art. 939 en soumettant à la publicité tous les actes constitutifs de servitudes, droits d'usage et d'habitation ; pour être exact, il aurait fallu dire : « Il n'est rien dérogé aux dispositions du Code relatives à la transcription des donations, *en tant qu'il s'agit des effets que le défaut de transcription peut produire.* » Les expressions de la loi de 1855 pèchent par trop de généralité, mais le sens d'ailleurs nous en paraît évident.

Ainsi la loi de 1855 soumet à la publicité les donations de servitudes, droits d'usage et d'habitation.

Remarquons-le bien, au reste, c'est en vertu de la loi de 1855, et non pas en vertu du Code, qu'elles doivent être transcrites : il suit de là que, pour apprécier les effets du défaut de transcription de ces donations, il faut se reporter à la loi de 1855, et non pas à l'art. 941 du Code civil : en conséquence le défaut de publicité ne pourrait pas être invoqué par les créanciers chirographaires.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. — La donation rémunératoire est une donation pure et simple soumise à l'insinuation. (L. 65, 32, D., *De condictione ind.*, XII, 6; — L. 3, § 7., D., *de cond. causa data*, XII, 4; — L. 10, §. 13; L. 12, pr., D., *mandati*, XVII, 1; — L. 1, §. 19, D., *si quid in fræid.*, XXXVIII, 5; — L. 25, §. 11, D., *de here pet.*, V, 3; — L. 56. §. 1, D., *de furtis*, XLVII, 2; — L. 27, D., *de don.*, XXXIX, 5; — L. 32, D., *de don.*, XXXIX, 5; — L. 34, §. 1, D., *de don.*, XXXIX, 5. — *Pauli sent.*, V, II, §. 6; — L. 32. §. 4, D., *de don. int. vir*, XXIV, 1.

II. — Sous Justinien, l'insinuation est nécessaire ou inutile pour les donations à cause de mort suivant la forme dans laquelle elles sont faites. L. 4, C., *de mort. causâ donat.*, VIII, 57; — *Instit.* § 1, *de donat.*; — *Novelle 87, Præf.*; — L. 5, 8 §17, D., *de his quæ ut indig. aufer.*, XXXIV, 9; — L. 25, C., *de don. int. vir.*, V, 16.

III. — Le défaut d'insinuation donne lieu, non-seulement à une *condictio*, mais encore à la *rei vindictio*. L. 34, § 2, C., *de don.*, VIII, 54; — L. 5, § 18, D., *de don. int. vir.*, XXIV, 1.

IV. — La présence de témoins n'est pas une formalité indispensable à la perfection d'une donation. *Fragm. vatic.*, § 249; — L. 25, C., *de don.*, VIII, 54; — L. 29, C., *de don.*, VIII, 54.

DROIT FRANÇAIS.

I. — Les donations de servitude ne sont pas soumises à la transcription par le Code, mais elles y sont soumises par la loi de 1855.

II. — Les donations de biens à venir ne sont pas soumises à la transcription.

III. — Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.

IV. — Les créanciers chirographaires peuvent opposer le défaut de transcription d'une donation.

V. — Le donataire peut opposer le défaut de transcription à un autre donataire.

VI. — Les successeurs à titre particulier des personnes chargées de faire transcrire peuvent, dans un certain cas, opposer le défaut de transcription de la donation.

VII. — L'article 1072 signifie que les grevés et leurs ayants-cause à titre gratuit ne peuvent pas opposer le défaut de transcription de la substitution.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Une donation ne peut pas être transcrite après le jugement déclaratif de faillite, mais une vente pourrait l'être.

II. — On peut transcrire une donation avant le jugement déclaratif de faillite, même depuis la cessation des paiements, et dans les dix jours qui précèdent.

DROIT PÉNAL.

I. — Le contumax n'est pas en état d'interdiction légale.

II. — Le contumax peut obtenir le bénéfice des circonstances atténuantes.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — La saisine est d'origine germanique.

II. — Ce n'est pas au droit coutumier qu'il faut rapporter l'idée première de la communauté entre époux.

DROIT INTERNATIONAL.

I. — L'étranger, divorcé conformément aux lois de son pays, peut contracter un second mariage en

France, soit avec une française, soit avec une étrangère, du vivant de sa première femme.

Vu par le Président de la thèse :

G. DEMANTE.

Vu par le Doyen :

G. COLMET-DAAGE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

A. MOURIER.

Paris. -- Imb. F. PICHON, 51, rue des Feullantines, et 14, rue Cujas.
